

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Enrique **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: fundacionderechopublico@gmail.com

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

Email: fejb@cantv.net

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

Impresión litográfica: Anauco Ediciones
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la siguiente dirección secretaria@revistadederechopublico.com

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una palabras clave (en los dos idiomas)
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de los ejemplares de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede antes indicada de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, o a través de la librería virtual en la página web de la Editorial: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com>

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

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

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México, LATINDEX (en catálogo, Folio N° 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

ESTUDIOS

Artículos

Del derecho administrativo al servicio de los ciudadanos en el Estado democrático de derecho, al derecho administrativo al servicio de la burocracia en el Estado totalitario: La mutación en el caso de Venezuela, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 7

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el habeas data, por Eligio **RODRÍGUEZ MARCANO** 31

Comentarios Monográficos

El estado irresponsable en Venezuela, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 53

Constitución y control judicial del poder en Venezuela. Breves reflexiones sobre el olvido de Locke, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 65

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2015, por Flavia **PESCI FELTRI** 79

Comentarios Legislativos

- ¿Protección al sector agrícola o violación de las libertades económicas?: Análisis de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrícola (y Agrario)*, por Andrea I. **RONDÓN GARCÍA** y Luis Alfonso **HERRERA ORELLANA** 87

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

- Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo trimestre de 2015*, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** 99

Comentarios Jurisprudenciales

- La anulación disimulada de normas por la Sala Constitucional*, por Antonio **SILVA ARANGUREN** 197
- La Asamblea Nacional como amanuense de la Sala Constitucional* por Antonio **SILVA ARANGUREN** 202
- La obligación de consulta pública de normas: Ni tan obligatoria ni tan pública*, por Gabriel **SIRA SANTANA** 206
- Acto administrativo es solo aquel que crea o extingue algún derecho, según la SPA/TSJ*, por Gabriel **SIRA SANTANA** 214

Jurisprudencia Extranjera

- Un “Putsch Judicial”: Comentarios explicativos de sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos declarando la inconstitucionalidad de las leyes de cuatro Estados que regulaban el matrimonio como unión solo entre un hombre y una mujer*, por Allan R. **BREWER-CARIAS** 219
- Sobre el control de convencionalidad y la protección de la libertad de expresión del pensamiento. Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de mayo de 2015, Caso: Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. vs. Autoridad Nacional de Televisión-ANTV*, por Jaime Orlando **SANTOFIMIO GAMBOA** 237

ÍNDICE

- Alfabético de la jurisprudencia* 265

ESTUDIOS

Artículos

*Del derecho administrativo al servicio de los ciudadanos en el Estado democrático de derecho, al derecho administrativo al servicio de la burocracia en el Estado totalitario: La mutación en el caso de Venezuela**

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *En la Venezuela contemporánea, la Administración Pública concebida en la Constitución como una institución al servicio de los ciudadanos, con el Estado totalitario que ese ha instalado en el país, ha resultado ser una Administración al servicio de la burocracia.*

Abstract: *In contemporary Venezuela, Public Administration, which was conceived in the Constitution as an institution directed to serve the citizens, with the Totalitarian State that has taken shape in the country, has resulted to be an Administration for serving bureaucracy.*

Palabras Clave: *Administración Pública. Estado totalitario. Burocracia.*

Key words: *Public Administration. Totalitarian State. Bureaucracy.*

I

La idea del derecho administrativo como derecho “*al servicio de la ciudadanía*” que es el tema central de este Congreso Internacional de Derecho Administrativo, puede decirse que responde a los principios del derecho administrativo del Estado democrático de derecho que ha dominado la conformación de nuestra disciplina en las últimas décadas, y que incluso, ha encontrado consagración constitucional en muchos de nuestros países.

Fue el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo texto formal, sin duda, está imbuido del postulado esencial de nuestra disciplina que deriva del necesario equilibrio que debe existir en las relaciones jurídicas que se establecen entre Administración y administrados, entre los poderes y prerrogativas de Administración y los derechos y garantías de los ciudadanos. Por ello, por ejemplo, el importante texto de la norma de la Constitución que regula a la Administración Pública, en la cual se expresa que la misma:

* Ponencia preparada para el **XIV Congreso Internacional de Derecho Administrativo**, sobre *Puntos de encuentro: una mirada comparada al desarrollo y futuro del Derecho Administrativo al servicio de la ciudadanía*, organizado por el **Foro Internacional de Derecho Administrativo y la Facultad de derecho, Universidad de Puerto Rico**, San Juan, Octubre 2015.

“*está al servicio de los ciudadanos, y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*” (art. 141).

A todos esos efectos, por tanto, el texto fundamental además garantiza igualmente a los ciudadanos el derecho al debido proceso, no sólo en las actuaciones judiciales sino en los procedimientos administrativos (art. 49), constitucionalizando además la jurisdicción contencioso administrativa, regulando no sólo el control de legalidad de las actuaciones administrativas, sino la posibilidad de anular actos administrativos incluso afectados del vicio de “desviación de poder” (art. 295). La Constitución, además, garantiza derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Igualmente la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los “límites aceptables dentro de una sociedad democrática” (Art. 143).

Para todo ello, la Constitución impone a los funcionarios públicos la obligación de que deben “estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”, para lo cual garantiza que “su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política” (Art. 145).

Mejor y más claras previsiones constitucionales sobre qué es lo que debería ser la Administración Pública y el derecho administrativo, y las bases de la relación entre la misma y los ciudadanos, es ciertamente difícil de conseguir en el derecho comparado.

II

Pero por supuesto, la sola consagración de esos principios y de los derechos y deberes que imponen en los textos constitucionales, no es suficiente para que el equilibrio entre el poder del Estado y los derechos ciudadanos sea efectivo, y la Administración realmente esté al servicio de los ciudadanos.

Es en realidad la práctica política del gobierno la que pone de manifiesto si la Administración de un Estado conformado constitucionalmente como un Estado de derecho, realmente se conduce como tal en su funcionamiento y actuación, y si el derecho administrativo aplicado al mismo obedece o no efectivamente a parámetros democráticos.

Y de nuevo, basta estudiar el caso venezolano para constatar que el “Estado democrático y social de derecho y de justicia” y descentralizado tal como lo definen los artículos 2 y 4 de la Constitución, en la práctica política del gobierno autoritario que se apoderó de la República desde 1999,¹ no es tal, es decir, no es un Estado democrático, no es un Estado social, no es un Estado de derecho, no es un Estado de Justicia y no es un Estado descentralizado; y más bien es un Estado Totalitario que no está realmente sometido al derecho, cuyas normas se ignoran y desprecian, o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; todos los poderes están concentrados en el Ejecutivo, que han aniquilado a la democracia, han pervertido la participación y han concentrado todos los medios de comunicación; no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo; de todo lo cual se puede caracterizar más bien como un “Estado de la injusticia,” todo lo cual afecta tremen-

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

damente al derecho administrativo. En el mismo, además, el Juez Constitucional controlado ha sido el instrumento más letal para afianzar el autoritarismo.²

Y es que si algo es definitivo en esta perspectiva, es que el derecho administrativo no es, ni puede ser independiente de la actuación del gobierno, sea que del mismo resulte en un modelo político de Estado autoritario o de Estado democrático. Y para identificar dicho modelo por supuesto no podemos acudir a etiquetas o a definiciones constitucionales, sino a la práctica política del gobierno.

Un Estado autoritario será el resultado de la actuación de un gobierno autoritario, y en el mismo, lejos de haber un equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, lo que existe es más bien un marcado desequilibrio a favor del régimen de la Administración, con pocas posibilidades de garantía de los derechos de los particulares frente a su actividad.

En cambio, el equilibrio antes mencionado sólo tiene posibilidad de pleno desarrollo en Estados con gobiernos democráticos, donde la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado judicialmente y por los otros medios dispuestos en la Constitución, y donde los derechos de los ciudadanos sean garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Nada de ello se encuentra en los Estados con un régimen de gobierno autoritario, así sus gobernantes hayan podido haber sido electos, y se arropan con el lenguaje a veces florido de los textos constitucionales.

III

De todo lo anterior resulta evidente, por tanto, que cuando se habla de Administración al servicio de los ciudadanos en el marco de Estado democrático de derecho, y por tanto, del derecho administrativo como derecho de la democracia, ésta tiene que existir real y efectivamente y no sólo en el papel de las Constituciones y de las leyes, sino en la práctica de la acción del gobierno que origine un sistema político en el cual además de todos los derechos y garantías constitucionales generalmente conocidos (políticos, individuales, sociales, económicos, culturales, ambientales), se garantice efectivamente el derecho ciudadano a la Constitución y a su supremacía constitucional, es decir el derecho ciudadano a la propia democracia,³ y el derecho de poder ejercer el control sobre las actividades gubernamentales, que hasta cierto punto son tan políticos como los clásicos derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, el derecho a la participación política.

Estos derechos que son nuevos sólo en su enunciado, derivan de la comprensión cabal de lo que significa un régimen democrático, que sólo es aquél donde concurren una serie de *elementos esenciales* que por lo demás se enumeran en la *Carta Democrática Interamericana* de 2001, y que son los derechos: 1) al respeto a los derechos humanos y las libertades funda-

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss.

mentales; 2) al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) al régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) a la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

No hay ni puede haber democracia ni una Administración al servicio del ciudadano, si éste no tiene garantizado su derecho político a la efectividad de esos elementos esenciales, que es lo que permite en definitiva distinguir un Estado democrático de derecho de un Estado de régimen autoritario. En este, a pesar de todas sus etiquetas constitucionales, esos derechos o elementos esenciales no pueden ser garantizados, por la ausencia de controles al ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Entre todos esos derechos políticos a la democracia, está por supuesto, el derecho a la separación de poderes, que implica el derecho a ejercer el control del poder. Ello además, es lo que permite que se puedan materializar otros derechos políticos del ciudadano en una sociedad democrática, identificados en la misma Carta Democrática Interamericana como *componentes fundamentales* de la democracia, como son los derechos a: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

Entre esos derechos se destaca el derecho a la separación de poderes, materializado en el derecho al control del poder, que es el fundamento del propio derecho administrativo en una sociedad democrática, pues es precisamente el elemento fundamental para garantizar el necesario equilibrio mencionado entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos, y que en consecuencia, la Administración esté efectivamente al servicio de los ciudadanos y no de la propia burocracia estatal.

Para ello, por supuesto, la condición esencial es que los poderes sean efectivamente autónomos e independientes, para lo cual, de nuevo, no bastan las declaraciones constitucionales y ni siquiera la sola existencia de elecciones, siendo demasiadas las experiencias en el mundo contemporáneo de toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, desmantelaron la democracia y desarrollaron gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos,⁴ comenzando por el irrespeto a los derechos humanos. Situación que por lo demás ha sido la de Venezuela, donde se ha arraigado un gobierno autoritario partiendo de elementos que se insertaron en la misma Constitución de 1999.⁵

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

⁵ Véase los comentarios críticos a la semilla autoritaria en la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 311-340; "Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999," en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*,

En ella, en efecto, a pesar de establecerse una penta división del poder público en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, se dispuso el germen de la concentración del poder en manos de la Asamblea Nacional y, consecuentemente, del Poder Ejecutivo que la controla políticamente, con lo cual, progresivamente, los otros Poderes Públicos, y particularmente el Poder Judicial⁶, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral⁷ han quedado sometidos a la voluntad del Ejecutivo. Por ello en noviembre de 1999, aún antes de que la Constitución se sometiera a referendo aprobatorio, advertí que si la Constitución se aprobaba, ello iba a implicar la implantación en Venezuela, de:

“un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado.”⁸

IV

Ha sido todo este sistema de ausencia de autonomía y de independencia de los poderes del Estado respecto del Ejecutivo Nacional, lo que ha eliminado toda posibilidad real de asegurar un equilibrio entre el poder de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos, siendo difícil por tanto poder identificar a la Administración Pública como entidad que esté al servicio de estos, los cuales lamentablemente ahora sólo pueden entrar en relación con la misma en dos formas:

Por una parte, los que son privilegiados del poder, como consecuencia de la pertenencia política al régimen o a su partido único, con todas las prebendas y parcialidades de parte de los funcionarios.

Y por otra parte, los que como marginados del poder acuden a la Administración por necesidad ciudadana, a rogar las más elementales actuaciones públicas, como es por ejemplo solicitar autorizaciones, licencias, permisos o habilitaciones, las cuales no siempre son atendidas y más bien tratadas como si lo que se estuviera requiriendo fueran favores y no derechos o el cumplimiento de obligaciones públicas.

Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 63-88.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004, 172 pp.

⁸ Documento de 30 de noviembre de 1999. V., en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 339.

En ambas situaciones, lamentablemente, el equilibrio entre poderes del Estado y derechos ciudadanos de los administrados ha desaparecido, sin que existan elementos de control para restablecerlo: se privilegia y se margina, como producto de una discriminación política antes nunca vista, sin posibilidad alguna de control.

En ese marco, el derecho administrativo formalmente concebido para la democracia, en la práctica pasó a ser un instrumento más del autoritarismo, habiendo incluso la jurisdicción contencioso administrativo cesado de ser el instrumento para asegurar el control jurisdiccional de la Administración y de sus actuaciones administrativas. Ello, en particular, se evidenció abiertamente desde 2003 con la lamentable destitución *in limine* de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con ocasión de un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo iniciado el 17 de julio de 2003 a solicitud de la Federación Médica Venezolana en contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, por la contratación indiscriminada de médicos extranjeros no licenciados para ejercer la medicina en el país; todo en violación de la Ley de Ejercicio de la Medicina, para atender el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas.⁹ El haber dictado el 21 de agosto de 2003 una medida cautelar en el caso, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación¹⁰ desató la ira del régimen de manera que después de anunciarse que no se acataría por el gobierno,¹¹ la policía política allanó la sede de la Corte Primera, y luego de destituidos sus cinco magistrados, su sede fue intervenida,¹² permaneciendo cerrada sin jueces por más de diez meses,¹³ tiempo durante el cual simplemente no hubo justicia contencioso administrativa en el país. La consecuencia elemental fue que los nuevos magistrados nombrados, con todo ello, comenzaron a “entender” entonces cómo debían comportarse en el futuro frente al poder; todo lo que condujo a que la Jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, de raigambre y jerarquía constitucional, simplemente hoy por hoy no existe en la práctica¹⁴.

⁹ Véase Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

¹⁰ Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 445 ss.

¹¹ El Presidente de la República dijo: “*Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...*”, en el programa de TV Aló Presidente, N° 161, 24 de Agosto de 2003.

¹² Véase la información en El Nacional, Caracas, Noviembre 5, 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: “*La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado*”.

¹³ Véase en El Nacional, Caracas, Octubre 24, 2003, p. A-2; y El Nacional, Caracas, Julio 16, 2004, p. A-6.

¹⁴ Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas 2008.

El caso llegó incluso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en 2008 condenó al Estado,¹⁵ siendo la respuesta del mismo, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,¹⁶ la cual citando como precedente una sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 2002, declaró la sentencia del tribunal internacional como “inejecutable” en Venezuela, solicitando al Ejecutivo que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos que supuestamente había usurpado los poderes del Tribunal Supremo, lo que el Ejecutivo cumplió cabalmente en 2012.

Este caso emblemático, por supuesto, contrasta con las previsiones de la Constitución de 1999, en la cual se encuentra una de las declaraciones de derechos más completas de América Latina, y sobre su protección por medio de la acción de amparo, así como previsiones expresas sobre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa difícilmente contenidas con tanto detalle en otros textos constitucionales.¹⁷ Ello, por otra parte, lo que muestra es que para que exista control de la actuación del Estado no bastan declaraciones formales en la Constitución, sino que es indispensable que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y esté fuera del alcance del Poder Ejecutivo. Al contrario, cuando el Poder Judicial está controlado por el Poder Ejecutivo, como lo muestra el caso citado, las declaraciones constitucionales de derechos se convierten en letra muerta, y el derecho administrativo no puede servir para garantizar ningún equilibrio entre poderes del Estado y derechos ciudadanos, convirtiéndose solo en un instrumento más del autoritarismo.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que para que exista democracia como régimen político en un Estado constitucional y democrático de derecho, para que exista una Administración al servicio de los ciudadanos, y para que exista un derecho administrativo que garantice el equilibrio entre el poder del Estado y los derechos ciudadanos, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que por ejemplo, como es el caso en Venezuela, hablen y regulen el derecho al sufragio y la participación política; la división o separación horizontal del Poder Público, y su distribución vertical o territorial del poder público, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente; así como tampoco bastan las declaraciones que se refieran a la posibilidad de los ciudadanos de controlar el poder del Estado, mediante elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; mediante un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; mediante la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que movilice la opinión pública; o mediante el ejercicio de recursos judiciales ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

¹⁵ Véase sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr

¹⁶ Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos (1976-2011),” en *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales* (Directores Allan R. Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández Mendible), Colección Estudios Jurídicos N° 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 19-74.

Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre la “democracia participativa y protagónica” o la descentralización del Estado; así como tampoco la declaración extensa de derechos humanos. Tampoco es suficiente que se haya producido un completo proceso de constitucionalización del derecho administrativo, insertando en la Constitución todos sus principios más esenciales.

Además de todas esas declaraciones, es necesaria que haya un gobierno democrático y que la práctica política democrática asegure efectivamente la posibilidad de controlar el poder, como única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, y el ejercicio real de los derechos humanos; y que el derecho administrativo pueda consolidarse como un régimen jurídico de la Administración que disponga el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados.

V

Lamentablemente, en Venezuela, después de las cuatro décadas de práctica democrática que vivió el país entre 1959 y 1999, durante estos últimos tres lustros, a partir de 1999 hasta la fecha, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales que están insertas en el Texto fundamental derivadas del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, se ha venido estructurando un Estado Totalitario en contra de las mismas, que ha aniquilado toda posibilidad real de control del ejercicio del poder y, en definitiva, el derecho mismo de los ciudadanos a la democracia.¹⁸

Y con ello, toda posibilidad de que el derecho administrativo sea ese derecho que asegure el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos que el Estado democrático de derecho exige, con una Administración al servicio de los ciudadanos, convirtiéndose más bien en un derecho administrativo al servicio exclusivo de la Administración, de su burocracia y de los funcionarios que la componen, donde no hay campo para reclamo o control, sino sólo para el acatamiento sin discusión.

En ese marco, por tanto, de nada vale el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, que en la práctica es letra muerta, todo lo cual nos evidencia precisamente la importancia del modelo político en la conformación de nuestra disciplina.

El derecho administrativo, no debemos olvidarlo, es, ante todo, un derecho estatal¹⁹ o un derecho del Estado, lo que implica que el mismo inevitablemente está vinculado al modelo político en el cual opera el propio Estado conforme a la práctica política de su gobierno, siendo ello, históricamente, uno de los más importantes elementos condicionantes de nuestra disciplina.²⁰

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y des democratización de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

¹⁹ Véase André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

²⁰ Sobre el tema, bajo el ángulo de la Administración, nos ocupamos hace años en Allan R. Brewer-Carías, “Les conditionnements politiques de l’administration publique dans les pays d’Amérique Latine”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institute International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos” en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258.

Por tanto, el derecho administrativo que la mayoría de nosotros hemos conocido, estudiado y enseñado en el último medio siglo, cuando en el mundo occidental los países han gozado de cierta estabilidad democrática, puede decirse que en general ha sido el derecho administrativo del Estado de derecho, que como modelo político tuvo su origen a comienzos del siglo XIX como consecuencia de los aportes de la Revolución Norteamericana (1776) y de la Revolución francesa (1789) al constitucionalismo moderno;²¹ el cual fundamentalmente resulto luego del hecho político fundamental del pase efectivo de la soberanía, desde el Monarca al pueblo, dando origen al desarrollo del principio de la representatividad democrática. En ese marco, el Estado se organizó conforme al principio de la separación de poderes, que permitió el control recíproco entre los diversos órganos del Estado, entre ellos, por parte el poder judicial, montado además en la necesaria garantía de los derechos ciudadanos frente al propio Estado, los que comenzaron a ser declarados constitucionalmente.

Fue en ese marco político cuando el derecho administrativo comenzó a ser un orden jurídico que además de regular a los órganos del Estado y su actividad, también comenzó a regular las relaciones jurídicas que en cierto plano igualitario se comenzaron a establecer entre el Estado y los ciudadanos, y que ya no sólo estaban basadas en la antigua ecuación entre prerrogativa del Estado y la sujeción de las personas a la autoridad, sino entre poder del Estado y derecho de los ciudadanos; todo lo cual terminó incrustándose en el propio texto de las Constituciones.

La consecuencia de todo ello fue que progresivamente, como ocurrió en el caso venezolano, el derecho administrativo y sus principios terminaron encontrando su fuente jurídica primaria y más importante en la propia Constitución, en la cual ahora se encuentran regulaciones sobre la organización, funcionamiento y actividad de la Administración Pública como complejo orgánico integrada en los órganos del Poder Ejecutivo; sobre el ejercicio de la función administrativa, realizada aún por otros órganos del Estado distintos a la Administración; sobre las relaciones jurídicas que se establecen cotidianamente entre las personas jurídicas estatales cuyos órganos son los que expresan la voluntad de la Administración, y los administrados; sobre los fines públicos y colectivos que estas persiguen, situados por encima de los intereses particulares; sobre los poderes y prerrogativas de los cuales disponen para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, y además, de los límites impuestos por normas garantizadoras de los derechos y garantías de los administrados, incluso frente a la propia Administración.

En el mundo contemporáneo, en consecuencia, ese derecho administrativo que se ha incrustado en la Constitución,²² es sin duda, como se dijo, el propio de un derecho del Estado de derecho, y su desarrollo y efectividad debería estar condicionado por los valores democráticos que están a la base del mismo.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

²² Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia y en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172, y en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y “Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999” en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37.

Lo anterior implica, sin embargo, que a diferencia de otras ramas del derecho, por su vinculación con el Estado y el régimen político, el derecho administrativo no puede considerarse como una rama políticamente neutra, y menos aún como un orden jurídico que haya adquirido esa relativa rigidez o estabilidad como el que podría encontrarse en otras ramas.

El derecho administrativo, aun conservando principios esenciales, inevitablemente tiene siempre un grado el dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente, de la propia evolución del Estado, siempre necesitando adaptarse a los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que siempre terminan reflejando los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.²³ De allí aquella gráfica expresión de Prosper Weil en el sentido de que el derecho administrativo sufre, permanentemente, de una “crisis de crecimiento”²⁴, que en definitiva, nunca concluye, pues las transformaciones económicas y sociales del mundo no cesan, y con ellas las del Estado y del rol que cumple.

VI

Pero si nos atenemos solamente a la conformación del andamiaje constitucional del Estado en el mundo contemporáneo occidental, como Estado de derecho, hay una constante subyacente en el condicionamiento del derecho administrativo, que son los principios democráticos que ahora le son esenciales a mismo,²⁵ como por ejemplo quedó plasmado en una aislada sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 2000, lamentablemente olvidada muy rápidamente, en la cual se afirmó que:

“el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democracia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana.”²⁶

²³ Véase Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57. Véase igualmente, Alejandro Nieto “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881

²⁴ Véase Prosper Weil, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del derecho administrativo como punto de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del Administrado,” en *Revista Mexicana “Statum Rei Romanae” de Derecho Administrativo*. Homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2008, pp. 85-122; y “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanas. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 19 ss.

²⁶ Véase la sentencia N° 1028 del 9 de mayo de 2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 214. Véase también, sentencia de la misma Sala de 5 de octubre de 2006, N° 2189 (Caso: *Seguros Altamira, C.A. vs. Ministro de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 100.

Ello debería ser así, y es cierto, como antes indicamos, si nos quedamos solo en la denominación y definición formal del Estado que se inserta en las Constituciones, como por ejemplo sucede precisamente en la de Venezuela antes citada, en cuyo artículo 2 se indica que:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

Si nos atenemos a esa definición, repito, mejores enunciados formales del Estado democrático en el texto de una Constitución es ciertamente imposible encontrar como marco general del ordenamiento jurídico que debería ser aplicable al Estado, y que debería moldear el derecho administrativo. Sin embargo, ante esas definiciones, lo que corresponde es determinar si realmente, en los respectivos países, la práctica política del gobierno responde a esos principios, o si son simples enunciados floridos, y nada más, de un Estado nada democrático, como es el caso de Venezuela.

Ello no significa, sin embargo, que en los países que carecen de régimen democrático no haya derecho administrativo. No olvidemos la experiencia española de los últimos veinte años del franquismo, durante los cuales precisamente se desarrolló el derecho administrativo que tanta influencia tuvo en nuestros países latinoamericanos, particularmente por la labor de los profesores que se aglutinaron en torno a la *Revista de Administración Pública*, con Eduardo García de Enterría a la cabeza. Ni olvidemos la propia experiencia de nuestros propios países, en las tantas épocas de autoritarismo que creíamos ya desaparecidas.

No había democracia, pero sin duda, sí había derecho administrativo porque a pesar del autoritarismo, el régimen permitía la existencia de cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos; y a pesar de que no podía haber control sobre el comportamiento político del gobierno, algo de control contencioso administrativo sí se permitía. Y para no irnos muy lejos, la raíz del derecho administrativo contemporáneo en Venezuela puede situarse precisamente en la rica jurisprudencia de la antigua Corte Federal que funcionó hasta 1961, contenida en múltiples sentencias que emanaron de dicho alto tribunal igualmente en la década de los cincuenta del siglo pasado, dictadas en plena dictadura militar que duró hasta 1958.²⁷ Tampoco había democracia, pero sin duda, en el marco de un régimen autoritario ya se estaban sentando las bases del derecho administrativo contemporáneo en Venezuela como lo hemos conocido en las últimas décadas del siglo XX, por la existencia al menos de principio, del antes mencionado equilibrio, por la existencia al menos del mencionado equilibrio.

Pero por supuesto, en aquél entonces no se trataba de un derecho administrativo de un Estado democrático de derecho, sino de un Estado autoritario con alguna sujeción al derecho. Es decir, en otros términos más generales, porque ejemplos como los indicados los podemos encontrar en la historia de nuestra disciplina de todos nuestros países, puede decirse que el sometimiento del Estado al derecho, que fue lo que originó el derecho administrativo desde comienzos del siglo XIX, no siempre tuvo el estrecho vínculo con la democracia, como régimen político, como hoy lo consideramos.

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*, Caracas 1964; y *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, ocho volúmenes, Caracas 1975-1979.

En realidad, el elemento esencial que caracteriza al derecho administrativo de un Estado democrático de derecho se encuentra cuando el derecho administrativo deja de ser un derecho exclusivamente del Estado, llamado a regular sólo su organización, su funcionamiento, sus poderes y sus prerrogativas, y pasa a ser realmente un derecho administrativo encargado de garantizar el punto de equilibrio antes mencionado que en una sociedad democrática tiene que existir entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. En el marco de un régimen autoritario, ese equilibrio por esencia no existe, o es muy débil o maleable, y por ello es que en dicho régimen el derecho administrativo no es un derecho democrático, aun cuando pretenda someter el Estado al derecho.

Como también lo señaló la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en la misma lamentablemente olvidada sentencia N° 1028 de 9 de mayo de 2000.

“El derecho administrativo se presenta dentro de un estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia).”²⁸

Ello es precisamente lo que caracteriza al derecho administrativo en un orden democrático, que no es otra cosa que ser el instrumento para asegurar la sumisión del Estado al derecho pero con a la misión de garantizar el respeto a los derechos ciudadanos, en medio de una persistente lucha histórica por controlar el poder y contra las “inmunidades del poder,”²⁹ que es lo que ha caracterizado el devenir de nuestra disciplina. Ese equilibrio entre el poder y el ciudadano, siempre latente, pero débil al inicio, efectivamente se comenzó consolidar bien entrado el Siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, cuando el derecho administrativo comenzó a ser un derecho regulador no sólo del Estado, sino de los derechos ciudadanos en un marco democrático.

Con ello se consolidó la concepción del derecho administrativo de las sociedades democráticas como el instrumento por excelencia para, por una parte garantizar la eficiencia de la acción administrativa y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y por la otra, para asegurar la protección del administrado frente a la Administración; con lo cual se superó aquella caracterización del derecho administrativo que advertía hace años Fernando Garrido Fallo, cuando nos indicaba que se nos presentaba como “un hipócrita personaje de doble faz,” que encerraba una “oposición aparentemente irreductible” entre el conjunto de prerrogativas que posee y que “sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares”; y el conjunto de derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”³⁰

Ese juego dialéctico entre esos dos puntos extremos contrapuestos: por una parte, los poderes y las prerrogativas administrativas de la Administración, y por la otra, los derechos y las garantías de los administrados, es lo que permitió expresar a Marcel Waline, también hace unos buenos años, que por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia de la Adminis-

²⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 214.

²⁹ Véase Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid 1983.

³⁰ Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223.

tración, y por la otra, se evite la tiranía.³¹ La existencia o no del mencionado equilibrio, o la existencia de un acentuado desbalance o desequilibrio entre los dos extremos, es lo que resulta del modelo político en el cual se mueve y aplica el derecho administrativo. De allí, más democrático será el derecho administrativo solo si el equilibrio es acentuado; y menos democrático será si su regulación se limita sólo a satisfacer los requerimientos del Estado, ignorando o despreciando el otro extremo, es decir, el de las garantías y derechos ciudadanos.

El reto del derecho administrativo, por tanto, está en lograr y asegurar el equilibrio mencionado para lo cual es necesario que el Estado esté configurado no sólo como un Estado de derecho sino como un Estado democrático, lo cual sólo es posible si el mismo asegura efectivamente el control del ejercicio del poder. Sin dicho control, el derecho administrativo no pasa de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, montado sobre un desequilibrio o desbalance, en el cual las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

VII

Pero para que el equilibrio se logre y sea efectivo, es evidente que no bastan las declaraciones formales en las Constituciones, ni que el derecho administrativo se haya llegado a constitucionalizar efectivamente, como ocurrió en Venezuela, y hemos destacado anteriormente respecto de la Constitución de 1999, cuyo texto formal está incluso imbuido del mencionado postulado del equilibrio en la relación Administración-administrados, dando cabida a un conjunto de previsiones para asegurarlo, regulando la actuación de la Administración y protegiendo en paralelo los derechos e intereses de las personas, pero sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos.

Todo ello, sin embargo, como indiqué al inicio, ha quedado sólo como florido lenguaje que no se aplica, por el desarrollo progresivo, por el germen que tenía la Constitución, de un Estado autoritario, que más pronto que tarde derivó en el Estado totalitario y populista de la actualidad;³² con el cual lo que se ha hecho es dismantelar la democracia,³³ violándose y moldeándose el orden jurídico tal como los gobernantes han querido, sin control alguno entre los poderes públicos ya que todos responden al unísono a un solo mando, empobreciendo y

³¹ Véase Marcel Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

³² Sobre ello véase Raymond Aron, *Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Madrid 1968; José Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Rienner, 2000. La Conferencia Episcopal de Venezuela ha advertido la situación al expresar, sobre lo grave de la situación el panorama político actual, sobre “la pretensión de imponer un modelo político totalitario y un sistema educativo fuertemente ideologizado y centralizado” así como “la criminalización de las protestas y la politización del poder judicial, que se manifiesta, entre otras cosas, en la existencia de presos políticos y en la situación de tantos jóvenes privados de libertad por haber participado en manifestaciones” Véase reportaje de Sergio Mora: “Los obispos de Venezuela: Pretenden imponer un modelo totalitario,” en Zenit. El mundo visto desde Roma, Roma, 12 julio 2014, en <http://www.zenit.org/es/articles/los-obispos-de-venezuela-pretenden-imponer-un-modelo-totalitario>

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, New York, 2010; y “La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009),” en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517.

haciendo miserable a un país otrora próspero,³⁴ y donde simplemente se ha eliminado la justicia. Y todo ello, mediante un proceso de desinstitucionalización, des-juridificación, des-judicialización, y des-democratización, y además, de des-constitucionalización y de des-administración, originando un Estado Totalitario,³⁵ caracterizado por una concentración total del poder; donde no hay control ni balance entre los poderes del Estado; donde existe un partido político estatal y militar único, fusionado al propio Estado, que actúa como instrumento facilitador, con una ideología única que se califica como “socialismo,” concebida como la actividad política “legítima” u “oficial,” contraria al pluralismo; que rechaza la democracia representativa y el parlamentarismo; y en el cual, además, se niegan los derechos individuales y la libertad como valor máximo de la democracia, siendo sustituidos por derechos colectivos respecto de los cuales el Estado supuestamente sería el único presuntamente depositario, desconociéndose con ello, además, la solidaridad social y la primacía de la dignidad de la persona humana; un Estado que si bien desde 1975 controlaba con exclusividad la producción del petróleo, ahora ha asumido el monopolio total de todos los medios de producción, de manera que la economía es ahora totalmente controlada por el Estado y se ha convertido en parte del mismo, dando origen a un extraordinario sistema de Capitalismo de Estado, que ha oprimido a las iniciativas privadas, entre otros medios, además de con limitaciones de toda índole, mediante confiscaciones y requisiciones al margen de la Constitución. Un Estado; además, que ha asumido el control total de los medios de persuasión y coacción, incluso mediante la intervención de las policías locales, y la creación de milicias desordenadas que ahora atentan contra el propio Estado; que, además, ha asumido el monopolio de los medios de comunicación, con cuya actividad se ha producido la politización de toda actividad particular, originándose una confusión entre sociedad civil y Estado, de manera que las faltas cometidas por los individuos en el marco de su actividad individual se conforman simultáneamente como faltas ideológicas, procurándose la eliminación de cualquier tipo de opinión disidente a la oficial, sirviéndose para ello de la policía y de los militares.

Por todo ello, lamentablemente, es que se puede afirmar que el Estado que hoy tenemos en Venezuela no solo es un Estado democrático y social de derecho y de justicia, descentralizado, sino que es un Estado Totalitario, desvinculado a la democracia y que ha configurado una Administración Pública que pasó de servir al ciudadano a servir al propio Estado, y colocada, por tanto, al margen su misión de garantizar el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de las personas, atendiendo ahora sólo a velar por la imposición a la población inerte, de políticas autoritarias, incluso violando la Constitución y las leyes.

³⁴ Ello ha provocado que en el país se haya producido lo que se ha calificado como “un milagro económico a la inversa, de los que se registran tan pocos en el devenir de los pueblos,” y es el de haber convertido “en país miserable el más rico de América.” Véase Fernando Londoño en el diario *El Tiempo* de Bogotá, reproducido por el Jefe de Redacción (Elides Rojas) del diario *El Universal* de Caracas el 24 de mayo de 2014. “Fernando Londoño en *El Tiempo*: Venezuela en llamas. Santos calla,” en *El Universal*, Caracas 24 de mayo de 2014, en <http://www.eluniversal.com/blogs/sobre-la-marcha/140524/fernando-londono-en-el-tiempo-venezuela-en-llamas-santos-calla>.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley (La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización, y desdemocratización, de Venezuela)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014. Véase asimismo Jesús María Alvarado Andrade, “Sobre Constitución y Administración Pública ¿Es realmente el Derecho Administrativo en Venezuela un Derecho Constitucional Concretizado?” en HERNÁNDEZ G, José Ignacio (Coord.), *100 Años de Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, pp. 165-263

Ese Estado Totalitario de la actualidad, en efecto:

En *primer lugar*, ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado de derecho que prevé la Constitución, lo que ha resultado, primero, de la violación sistemática de la Constitución que ha perdido su carácter de ley suprema y su rigidez; segundo, del sistemático proceso de maleabilidad, mutabilidad y desrigidización constitucional conducido, entre otros, por el Tribunal Supremo,³⁶ todo lo cual ha producido una completa desjuridificación del propio Estado; y tercero, de la creación, incluso fuera de la Constitución, de un Estado paralelo al Estado Constitucional, denominado Estado Comunal o Estado del Poder Popular,³⁷ lo que ha provocado la completa desconstitucionalización del mismo.

En *segundo lugar*, el Estado totalitario ha hecho desaparecer, igualmente, todo vestigio del Estado democrático que regula la Constitución, lo que ha resultado primero, de la distorsión de la representatividad política en la legislación electoral, de manera que con minoría de votos se obtenga mayoría de representantes;³⁸ segundo, de las fallas en la implementación de la democracia participativa, que ha resultado ser un esquema de movilización popular basada en repartos controlados por el Poder central;³⁹ tercero, de la ausencia de separación de poderes en la organización del Estado, en particular, de la ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial;⁴⁰ cuarto, de la distorsión de la Administración Pública que dejó de estar al

³⁶ Véase por ejemplo, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas 2007; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

³⁷ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berribeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzi (Coord.), “Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia”, *Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio*, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236.

³⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014.

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 425-449.

⁴⁰ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; y “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial”), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justi-

servicio del ciudadano; quinto, de la militarización avasallante de la sociedad y del Estado; sexto, de la eliminación de la libertad de expresión y comunicación; y séptimo, de la eliminación y violación del principio democrático, al hacer imposible la iniciativa popular de revocación de mandatos, pero permitiendo la revocación de mandatos populares por parte del Tribunal Supremo, en contra de la Constitución.⁴¹

En *tercer lugar*, el Estado totalitario también ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado Social y de Economía Mixta que regula la Constitución, primero, mediante la eliminación de la libertad económica, el ahogamiento de la iniciativa privada y la eliminación de la garantía del derecho de propiedad; segundo, por la política que ha castigado toda generación de riqueza, resultando la configuración de un Estado montado sobre una política de subsidios y repartos directos; tercero, mediante la formulación de un esquema de economía comunista donde el Estado ha acaparado la totalidad de la actividad económica, basado en sistema de Capitalismo de Estado;⁴² cuarto, mediante la total burocratización del Estado, que se ha convertido en el principal empleador, a costa de haber hecho desaparecer el servicio civil basado en la meritocracia; y quinto, mediante el desarrollo de un Estado Populista, con la forma ahora de Estado Comunal y del Poder Popular, que lo conforme, en todo caso, como un Estado Clientelar.

En *cuarto lugar*, el Estado totalitario adicionalmente ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado de Justicia que regula la Constitución, lo que ha resultado primero, de la ausencia de leyes justas y la multiplicación de leyes inconstitucionales;⁴³ segundo, de una extrema inflación de la inseguridad jurídica, con reformas de las leyes que se realizan mediante su simple republicación en la *Gaceta Oficial*, sin que sean producto de la voluntad popular;⁴⁴ tercero, del sometimiento político del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y la Asamblea Nacional, habiendo desaparecido todo vestigio de autonomía e independencia del mismo; cuarto, del hecho de que el Estado se ha escapado de la justicia interna, al no existir materialmente control contencioso administrativo, ni posibilidad de condena al Estado por responsabilidad, y además, de haberse escapado también de la justicia internacional, al denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁵ tornándose en un Estado irresponsable; quinto, de haberse puesto la

cia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103.

⁴¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

⁴² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal o de cómo se implanta en Venezuela un sistema económico comunista sin reformar la Constitución,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 102-109.

⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías, El fin de la llamada “democracia participativa y protagónica” dispuesto por la Sala Constitucional en fraude a la Constitución, al justificar la emisión de legislación inconstitucional en violación al derecho a la participación política, *Revista de Derecho Público*, No 137 (Primer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 157-164.

⁴⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Autoritarismo e inseguridad jurídica en Venezuela. O sobre la irregular forma utilizada para “reformar” la Constitución y las leyes,” en Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, e Augusto Neves Dal Pozzo (Coordinadores), *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*, Editora Fórum, Sao Paulo, 2013.

⁴⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” en Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Ordóñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huamán

Justicia al servicio del autoritarismo, al punto de que áreas de actividad social carecen de justicia, como es la justicia de paz; y sexto, de haberse desarrollado un sistema de injusticia como consecuencia de la impunidad.

Y por último, en *quinto lugar*, el Estado totalitario también ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado descentralizado que bajo una concepción centralista de la llamada “federación descentralizada” reguló la Constitución, lo que se ha consolidado primero, con el desbalance introducido a favor de los órganos del nivel nacional de gobierno en la distribución territorial de competencias; segundo, con un Municipio que no se llegó a configurar efectivamente como la unidad primaria de la organización nacional, pero que ahora tiende a desaparecer con la política de desmunicipalización resultante de la estructuración del Estado Comunal; tercer, con la creación, en paralelo a las entidades políticas territoriales previstas en la Constitución, pero fuera de sus regulaciones, de mencionado Estado Comunal o del Poder Popular, estructurando Comunas⁴⁶ para acabar con los Estados y Municipios, los cuales han sido vaciados de competencia a favor de las mismas; y por último, cuarto, con el ahogamiento y neutralización de las mismas entidades políticas territoriales en paralelo, por parte de los órganos del Poder Ejecutivo Nacional.

Todo ello incluso se ha hecho mediante leyes orgánicas que han pretendido regular supuestamente mecanismos de ejercicio de directo de la soberanía, como son las Asambleas de ciudadanos y Comunas, sin sufragio ni representación, controladas por el partido oficial de gobierno y dependientes directamente del Poder Ejecutivo Nacional; que lejos de ser instrumentos de participación política, por la ausencia de descentralización, lo que han hecho es configurar un sistema de centralización y control férreo de las comunidades por parte el Poder Central. Se trata más bien de un “edificio” de organizaciones para evitar que el pueblo efectivamente participe y ejerza la soberanía, y para imponerle, mediante férreo control central, políticas por las cuales nunca ha votado ni tendrá la ocasión de votar, basado en una concepción única, que es el socialismo, de manera que quien no sea socialista está automáticamente discriminado, desplazado e impedido de “participar.”

No es posible, por tanto, en el marco de esas Leyes Orgánicas del Poder Popular poder conciliar el pluralismo que garantiza la Constitución y el principio de la no discriminación por razón de “opinión política,” con las disposiciones de dichas leyes que persiguen todo lo contrario, es decir, el establecimiento de un Estado Comunal, cuyas instancias sólo pueden actuar en función del socialismo y de las cuales todo ciudadano que tenga otra opinión, queda automáticamente excluido.

En esta forma, al fraude a la Constitución,⁴⁷ y además, en fraude a la voluntad popular, que votó en contra de esas reformas que se quisieron introducir en la Constitución en 2007, se le ha impuesto a los venezolanos mediante leyes orgánicas, y por tanto, inconstitucionales,

Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830.

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

⁴⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

un modelo de Estado totalitario, comunista y centralizado por el cual nadie ha votado, con lo que se ha cambiado radical e inconstitucionalmente el texto de la Constitución de 1999, que no ha sido reformado conforme a sus previsiones, en abierta contradicción y desprecio, se insiste, al rechazo popular mayoritario que se expresó en diciembre de 2007 a la reforma constitucional que entonces se intentó realizar incluso violando la propia Constitución.⁴⁸

VIII

Es a ese marco de Estado totalitario y de desconstitucionalización del Estado, bien alejado al modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia, descentralizado, del cual habla la Constitución, al cual hoy responde la Administración Pública que es su instrumento, y que nos la muestran ya como una institución que dejó de estar al servicio del ciudadano, que abandonó su rol de servir de punto de equilibrio entre los poderes y prerrogativas del Estado y las garantías de derechos de los particulares, pasando, en un marco de su desquiciamiento, a servir ahora, sin seguridad jurídica alguna, exclusivamente al Estado, a sus poderes y prerrogativas, en la medida en que los gobernantes decidan, sin control judicial de naturaleza alguna; siendo su misión el servir de medio de imposición de la voluntad del Estado y de los funcionarios, a los ciudadanos.

La consecuencia de todo este esquema de ausencia de Estado Social y de Estado de economía mixta, y el establecimiento en su lugar del Estado comunista, burocratizado, populista y clientelar, ha sido que en nombre del “socialismo,” Venezuela hoy tiene el record de ser el país que ocupa el primer lugar en el índice de miseria del mundo,⁴⁹ y la sociedad con el más alto riesgo de América Latina.⁵⁰ Esa es la hazaña o el milagro de la política económica del gobierno durante los pasados quince años, que tanto va a costar superar en el futuro,⁵¹ lo que se suma el indicado primer lugar en criminalidad, falta de transparencia e inflación.

Todo lo cual, sin duda, ha sido uno de los objetivos del gobierno durante los últimos quince años de manera que como lo ha expresado Pedro Palma, la explicación de lo incomprensible, es decir, del “milagro económico” de destrucción a mansalva de la economía y de la creación de miseria, está en que para el gobierno lo importante es mantener la condición de pobreza:

⁴⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

⁴⁹ Venezuela tiene el “ignominioso” primer lugar en el Índice de miseria del mundo. Véase el Informe de Steve H. Hanke, “Measuring Misery around the World,” publicado en mayo 2104, en Global Asia, en <http://www.cato.org/publications/commentary/measuring-misery-around-world> Véase igualmente Índice Mundial de Miseria, 2014, en <http://www.razon.com.mx/spip.php?article=215150>; y en <http://vallartaopina.net/2014/05/23/en-indice-mundial-de-miseria-venezuela-ocupa-primer-lugar/>

⁵⁰ Véase en <http://www.elmundo.com.ve/noticias/actualidad/noticias/infografia-riesgo-pais-de-venezuela-la-cerro-el-201.aspx>

⁵¹ Pedro Carmona Estanga ha resumido la hazaña económica del régimen explicando que: “Por desgracia para el país, a lo largo de estos 16 años se han dilapidado unos US\$ 1,5 billones que no volverán, de los cuales no quedan sino la destrucción del aparato productivo, el deterioro de la calidad de vida, de la infraestructura, de la institucionalidad, y distorsiones macroeconómicas y actitudinales en la población de una profundidad tal, que costará sudor y sangre superar a las generaciones venideras. Esa es la hazaña histórica lograda y cacareada por el régimen.” Véase Pedro Carmona Estanga, “La destrucción de Venezuela: hazaña histórica,” 19 de octubre de 2014, en <http://pcarmonae.blogspot.com/2014/10/la-destruccion-de-venezuela-hazana.html>

“pues ella crea dependencia del Estado y abona el terreno para el clientelismo político, asegurándose el apoyo incondicional de una amplia masa poblacional a través de la manipulación informativa y de la explotación descarada de su ignorancia y buena fe. Eso, a su vez, facilita el logro e uno de los objetivos buscados, cual es la eliminación de la vieja oligarquía del anterior sistema, para sustituirlo por otra, pero revolucionaria.”⁵²

Por eso se ha hablado, con razón, de que la política de Estado en Venezuela es la de una “una fábrica de pobres,”⁵³ o como lo ha resumido Leandro Area, al referirse a la noción del “Estado Misional”:

“El consumo, por su parte, en un país que no produce nada, viene determinado por la oferta restringida de quien monopoliza, petroliza, en todos los sentidos, los productos de la cesta de las mercancías de consumo social entre los que destacan el trabajo, la salud, la educación, la vivienda, etc. Populismo, demagogia, asistencialismo, plebeyismo, “peronismo”, cultura de la sumisión, degradación de la civilidad, desesperanza aprehendida, envilecimiento, etc., son expresiones, realidades, cercanas a la idea del Estado misional.”⁵⁴

Este Estado Misional, Comunista, Burocrático, Populista, Comunal y del Poder Popular y Clientelar, acaparador de toda la actividad económica, en definitiva, es el que ha sustituido al Estado Social y de Economía Mixta que está en la Constitución, conduciendo a su negación total, pues se ha convertido como observa Isaac Villamizar, es un “Estado inepto, secuestrado por la élite de la burguesía corrupta gubernamental, que niega todos los derechos sociales y económicos constitucionales, y que manipula la ignorancia y pobreza de las clases sociales menos favorecidas,” argumentando al contrario, que:

“Si Venezuela fuera un Estado Social, no habría neonatos fallecidos por condiciones infecciosas en hospitales públicos. Si Venezuela fuera un Estado Social, toda persona tendría un empleo asegurado o se ejercería plenamente la libertad de empresa y de comercio. Si Venezuela fuera un Estado Social no exhibiríamos deshonrosamente las tasas de homicidios más altas del mundo. Si Venezuela fuera un Estado Social no estaría desaparecida la cabilla y el cemento y las cementeras intervenidas estarían produciendo al máximo de su capacidad instalada. Si Venezuela fuera un Estado Social todos los establecimientos de víveres y artículos de primera necesidad estarían abarrotados en sus anaqueles. Si Venezuela fuera un Estado Social las escuelas no tendrían los techos llenos de filtraciones, estarían dotadas de materiales suficientes para la enseñanza-aprendizaje y los maestros y profesores serían el mejor personal pagado del país. Si Venezuela fuera un Estado Social no habría discriminación por razones políticas e ideológicas para tener acceso a cualquier servicio, beneficios y auxilios públicos y bienes de primera necesidad.

⁵² Véase Pedro Palma, “Las Revoluciones fatídicas,” en El Nacional, Caracas, 8 de septiembre de 2014, en http://www.el-nacional.com/pedro_palma/Revoluciones-fatidicas_0_478752208.html

⁵³ En tal sentido, Brian Fincheltub, ha destacado que “Las misiones se convirtieron en fábrica de personas dependientes, sin ninguna estabilidad, que confiaban su subsistencia exclusivamente al Estado. Nunca hubo interés de sacar a la gente de la pobreza porque como reconoció el propio ministro Héctor Rodríguez, se “volverían escualidos”. Es decir, se volverían independientes y eso es peligrosísimo para un sistema cuya principal estrategia es el control.” Véase Brian Fincheltub, “Fabrica de pobres,” en El Nacional, Caracas, 5 de junio de 2014, en http://www.el-nacional.com/opinion/Fabrica-pobres_0_421757946.html

⁵⁴ Véase Leandro Area, “El ‘Estado Misional’ en Venezuela,” en Analítica.com, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

Si Venezuela fuera un Estado Social el problema de la basura permanente en las grandes ciudades ya estaría resuelto con los métodos más modernos, actualizados y pertinentes a la protección ambiental.”⁵⁵

En ese panorama se entiende entonces, la magnitud y significado del condicionamiento político que ese Estado Totalitario ha ocasionado en la Administración Pública, la cual básicamente ha abandonado el parámetro de su misión establecido en el artículo 141 de la Constitución, que al contrario, requeriría que la misma estuviese al servicio de los ciudadanos, fundamentada “en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho,” nada de lo cual se cumple.

Al contrario, la misma, para responder a políticas populistas del Estado Totalitario, primero, se ha convertido en una Administración burocrática y burocratizada, producto de la desaparición, persecución y estigmatización de la iniciativa privada, y con ello, de toda posibilidad de efectiva generación de riqueza y de empleo en el país, el cual sólo la iniciativa privada puede asegurar; con la lamentable generación de altas tasas de desempleo o de empleo informal; segundo, ha sufrido una inflación inusitada, tanto en los órganos de la Administración Ministerial como en las entidades descentralizadas; y tercero, ha sido objeto de la creación de una Administración paralela, con la creación de las “Misiones,” lo que globalmente ha provocado una colosal indisciplina presupuestaria.

En particular, al perseguirse al sector privado y destruirse el aparato productivo, buena parte de la política social del gobierno, como solución al desempleo, lamentablemente ha conducido a la total burocratización de la Administración Pública, lo que ha provocado el aumento del empleo público a niveles nunca antes vistos, por supuesto bien lejos de la meritocracia que prescribe la Constitución, conforme a la cual el ingreso a la función pública debería ser sólo mediante concursos públicos (art. 146). La consecuencia de esta política ha sido que la Administración Pública en Venezuela, después de quince años de estatizaciones, hoy tiene casi el mismo número de empleados públicos civiles que los que, por ejemplo, existen en toda la Administración Federal de los Estados Unidos.⁵⁶ Ello significa que durante los últimos 10 años el número de empleados públicos aumentó en un 156%, pero con una disminución lamentablemente, quizás en proporción mayor, respecto de la eficiencia de la Administración en la prestación de los servicios sociales.⁵⁷

⁵⁵ Véase Isaac Villamizar, “Cuál Estado Social?,” en La Nación, San Cristóbal, 7 de octubre de 2014, en <http://www.lanacion.com.ve/columnas/opinion/cual-estado-social/>

⁵⁶ En ésta última, por ejemplo, en 2012 existían aproximadamente 2.700.000 de empleados públicos civiles que sirven a 316 millones de personas, y Venezuela, que tiene una población de 30 millones de personas, en 2012 contaba con cerca de 2.470.000 (comparado con los 90.000 que había en 1998). Véase la información de la Office of Personal Management, en <http://www.opm.gov/policy-data-oversight/data-analysis-documentation/federal-employment-reports/historical-tables/total-government-employment-since-1962/>. Véase Víctor Salmerón, “A ritmo de 310 por día crecen los empleados públicos,” en El Nacional, Caracas 2 de diciembre de 2012, en <http://www.eluniversal.com/economia/121202/a-ritmo-de-310-por-dia-crecen-los-empleados-publicos>

⁵⁷ Véase Jairo Márquez Lugo, “Venezuela tiene más empleados que Estados Unidos,” en <http://entresocios.net/ciudadanos/venezuela-tiene-mas-empleados-publicos-que-estados-unidos>. Véanse también los datos en: “1999 versus 2013: Gestión del Desgobierno en números,” en <https://twitter.com/sushidavid/status/451006280061046784>.

IX

Este esquema de burocracia estatal, por supuesto, ha tenido un impacto determinante sobre el derecho administrativo, en particular sobre el funcionariado y la organización de la Administración Pública.

Por ejemplo, en cuanto al funcionariado, quedó simplemente en el papel la norma constitucional antes referida que prescribe que “los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna,” y que su “nombramiento o remoción no pueden estar determinados por la afiliación u orientación política” (art. 145), pues en la práctica gubernamental actual sucede todo lo contrario, de manera que para ingresar y permanecer en la función pública, el interesado tiene que haber demostrado lealtad al gobierno y a la doctrina oficial, obligándoseles a estar al servicio del partido de gobierno, de manera que quien no se adapte a ese principio, es simplemente removido de su cargo, sin contemplación. Esta “nueva” función pública es la antítesis de lo que antes se conocía como el estatuto de la función pública, que tenía una Ley (Ley del Estatuto de la Función Pública) que la regulaba, la cual incluso establece concursos para ingresar a la carrera administrativa, y causales de destitución, todo lo cual, en realidad, cayó en desuso.

Por otra parte, la implementación de las políticas populistas por parte del Estado Totalitario ha tenido también un fuerte y directo impacto en la organización de la Administración Pública, que lejos de obedecer a criterios racionales de reforma administrativa, lo que ha provocado es una desusada inflación organizacional que ha originado un desquiciamiento de la organización administrativa en su conjunto. El número de Ministerios se ha multiplicado por tres (de 16 Ministerios en 1998 se pasó a 36 Ministerios en 2014), los Viceministros se multiplicaron por diez (de 16 en 1998 se pasó a 107 en 2014) y Vicepresidentes se multiplicaron por seis.⁵⁸ La Administración descentralizada se multiplicó ilimitadamente con la creación de toda suerte de empresas públicas e institutos autónomos producto de las nacionalizaciones, expropiaciones y confiscaciones de empresas, lamentablemente en manos de una burocracia ineficiente, con gerentes casi todos militares o exmilitares, pasando el país a tener una de las peores gerencias públicas.⁵⁹

Además de la hiperinflación que se ha presentado en la Administración ministerial y en la Administración descentralizada, la política social populista del Estado basada en la configuración de todo tipo de subsidios, como si los recursos del petróleo fuesen ilimitados e invariables, ha conducido a la definición de programas de políticas públicas denominados “Misiones,” que después de varios años de implementación encontraron cabida expresa en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, pero paradójicamente para quedar excluidas de sus regulaciones;⁶⁰ es decir, como una Administración paralela a la Ad-

⁵⁸ Véanse el reportaje “Venezuela rompió récord mundial con la mayor cantidad de ministerios,” en Notitarde.com, 3 de julio de 2014, en <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-rompio-record-mundial-con-la-mayor-cantidad-de-ministerios-2189733/2014/07/03/336113>. Véase además, los datos en “1999 versus 2013: Gestión del Desgobierno en números,” en <https://twitter.com/sushidavid/status/451006280061046784>. Véase también la información en Nelson Bocaranda, “Runrunes del jueves 21 de agosto de 2014,” en <http://www.lapa-tilla.com/site/2014/08/21/runrunes-del-jueves-21-de-agosto-de-2014/>.

⁵⁹ Véase “Venezuela’s Economy. Of oil and coconut water. Probably the world’s managed economy,” en *The Economist*, N° 8905, September 20th. 2014, pp. 31-32.

⁶⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Una nueva tendencia en la organización administrativa venezolana: las “misiones” y las instancias y organizaciones del “poder popular” establecidas en paralelo a

ministración Central; todo lo cual se ha ratificado en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública dictada mediante Decreto Ley 1.424 de 17 de noviembre de 2014.⁶¹

La consecuencia ha sido, entonces, que además de la existencia de entes y de los órganos en la organización de la Administración Pública, ahora se han insertado en la misma a las “Misiones” -que en realidad no son nada distinto, en su forma jurídica de los tradicionales entes y órganos administrativos, pero con la diferencia de que se los denomina “Misiones,”- pero con la absurda característica, como se dijo, de que las mismas quedan fuera de la regulación de dicha Ley Orgánica de la Administración Pública, como una especie de Administración Paralela.⁶²

Este Estado Populista ha sido lo Leandro Area ha calificado acertadamente como un “Estado Misional,” por estar montado sobre dichas Misiones “como actores colectivos no formales de política pública, que manejan un oscuro e inmenso mar de recursos,” resultando ser un “espécimen no incluido aún en las tipologías de la Ciencia Política,” entendiéndose por tal:

“aquel Estado que haciendo uso de sus recursos materiales y simbólicos le impone, por fuerza u operación de compra-venta o combinación de ambas a la sociedad, un esquema de disminución, de minusvalía consentida, en sus capacidades y potencialidades de crecimiento a cambio de sumisión. [...] Se encarama sobre ella en su ayer, hoy y mañana, amaestrándola con la dieta diaria cuyo menú depende del gusto del gobernante. Confisca, privatiza, invade, expropia, conculca, controla, asfixia, acoquina hasta decir basta, poniendo en evidencia lo frágil del concepto de propiedad privada creando así miedo, emigración, desinversión, fuga de capitales. Y aunque usted no lo crea esas son metas o simples desplantes o locura u obscura necesidad de auto bloqueo como forma de amurallarse para obtener inmunidad e impunidad para sus tropelías, frente a la mirada de una época que no los reconoce sino como entes del pasado, objeto de museo o de laboratorio, insectos atrapados en el ámbar del tiempo; fracaso, derrota.”⁶³

A lo anterior agrega el mismo Leandro Area, que dicho Estado Misional en definitiva es un tipo de Estado Socialista, que nada tiene que ver con el Estado Social del cual habla la Constitución, concebido en paralelo al Estado Constitucional, “con la intención de acabarlo o mejor, de extinguirlo.” Para ello, indica Area:

“El gobierno crea misiones a su antojo que son estructuras burocráticas y funcionales “*sui generis*” y permanentes, con un control jurisdiccional inexistente y que actúa con base a los intereses de dominio. Además si el gobernante se encuentra por encima del bien y del mal, como es el caso venezolano, nadie es capaz de controlar sus veleidades y apetitos. En ese sentido el Estado es un apéndice del gobernante que es el repartidor interesado de los bienes de toda la sociedad y que invierte a su gusto, entre otras bagatelas, en compra de conciencias y voluntades de acólitos y novicios aspirantes. Por su naturaleza, todo Estado misional es un Estado depredador sin comillas. Vive de la pobreza, la estimula, la paga, organiza, la con-

la administración pública,” en *Retos de la Organización Administrativa Contemporánea, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (26-27 de septiembre de 2011), Corte Suprema de Justicia, Universidad de El Salvador, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador, El Salvador, 2011.

⁶¹ Decreto Ley 1424 de 17 de noviembre de 2014, *Gaceta Oficial* N° 6147 Extra de 17 de noviembre de 2014.

⁶² Véase José Ignacio Hernández, “La administración paralela como instrumento del Poder Público,” en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 175 ss.

⁶³ Véase Leandro Area, “El ‘Estado Misional’ en Venezuela,” en *Analítica.com*, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

vierte en ejercito informal y también paralelo. El gobierno y su partido los tiene censados, chequeados, uniformados de banderas, consignas y miedos. Localizados, inscritos, con carnet, lo que quiere decir que fotografiados, listos para la dádiva, la culpa, castigos y perdones.”⁶⁴

Por todo ello, por tanto, las misiones, sujetas como lo observa Heinz Sonntag, a un “patrón de organización destinado a darles dádivas a los sectores pobres y garantizar así su adhesión a la Revolución Bolivariana,”⁶⁵ además de haber provocado más miseria y control de conciencia sobre una población de menos recursos totalmente dependiente de la burocracia estatal y sus dádivas, en las cuales creyó encontrar la solución definitiva para su existencia, también provocó el deterioro de otra parte de la población, particularmente la clase media, que junto con todos los demás componentes de la misma ha visto desaparecer su calidad de vida, y sufren en conjunto los embates de la inflación y de la escases.⁶⁶ Y todo ello, con un deterioro ostensible y trágico de los servicios públicos más elementales como los servicios de salud y atención médica.

X

Debe mencionarse, por último, que dichas Misiones, como parte integrante de la Administración Pública, formaron parte de uno de los aspectos que se pretendió constitucionalizar en Venezuela con el proyecto de Reforma Constitucional de 2007 que fue rechazado por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007,⁶⁷ en la cual se propuso una nueva redacción del artículo 141 constitucional, que es el que hemos destacado desde el inicio de estos comentarios.

La reforma propuesta consistió en que a pesar de que se conservó parte de la enumeración de los principios que deben guiar la acción de Administración, (“honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley”), en cambio, precisamente se propuso eliminar el que quizás es el principio más importante que estableció la Constitución de 1999 en relación con la Administración Pública, y que es que como una universalidad de entes y órganos, todos debe estar siempre *al servicio de los ciudadanos*. Con la reforma de 2007, se pretendía sustituir dicho principio, buscando prever al contrario, que la Administración lo que *estaba era sólo al servicio del Estado*. Por ello, el artículo 141 se proponía que comenzara indicando solo que

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ Véase Heinz Sonntag “¿Cuántas Revoluciones más?” en El Nacional, Caracas 7 de octubre de 2014, en http://www.el-nacional.com/heinz_sonntag/Cuantas-Revoluciones_0_496150483.html

⁶⁶ Como el mismo Area lo ha descrito en lenguaje común y gráfico, pero tremendamente trágico: “Vivimos pues “boqueando” y de paso corrompiéndonos por las condiciones impuestas por y desde el poder que nos obligan a vivir como “lateros”, “balseros”, “abasteros” mejor dicho, que al estar “pelando” por lo que buscamos y no encontramos, tenemos que andar en gerundio, ladrando, mamando, haciendo cola, bajándonos de la mula, haciéndonos los bolsos o locos, llevándonos de caleta algo, caribeando o de chupa medias, pagando peaje, tracaleando, empujándonos los unos contra los otros, en suma, degradándonos, envileciéndonos, para satisfacer nuestras necesidades básicas de consumo. Es asfixia gradual y calculada, material y moral. Desde el papel toilette hasta la honestidad. ¡Pero tenemos Patria! Falta el orgullo, la dignidad, el respeto, el amor a uno mismo.” Véase en “El ‘Estado Misional’ en Venezuela,” en Analítica.com, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

⁶⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

“Las administraciones públicas son las estructuras organizativas *destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos* para el ejercicio de sus funciones, y para la prestación de los servicios”.

Con la nueva redacción que se proponía para el artículo 141, por otra parte, se ha buscaba fragmentar a la Administración Pública, en el propio texto constitucional, pasándose de un régimen universal de la misma, a buscar regular varias “administraciones públicas”, las cuales, incluso, contra toda técnica legislativa, se las “clasificó” en el proyecto de articulado en las siguientes dos “categorías”: primero,

“*las administraciones públicas burocráticas o tradicionales*, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución”;

y segundo,

“*las misiones*, constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales”.

Es decir, con el proyecto de reforma constitucional de 2007, afortunadamente rechazado por el pueblo, en lugar de corregirse el descalabro administrativo que se había venido produciendo en los últimos años por la indisciplina presupuestaria derivada de fondos asignados a programas específicos del gobierno denominados “misiones,” concebidos fuera de la organización general de la Administración ministerial o Central, lo que se buscaba era constitucionalizar el desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como “burocráticas o tradicionales”, renunciando a que las mismas fueran reformadas para convertirlas en instrumentos para que, precisamente, pudieran atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población.

Como se dijo, la reforma constitucional de 2007 fue afortunadamente rechazada, pero sin embargo, en fraude a la voluntad popular y a la propia Constitución, la misma ha sido implementada por el Estado Totalitario, inconstitucionalmente mediante leyes, en todos sus aspectos, incluyendo lo que se buscaba con la mencionada reforma del artículo 141⁶⁸ pues se ha logrado el objetivo buscado, que es eliminar en la práctica la concepción de que la Administración Pública está al servicio del ciudadano, y desarrollar en su lugar una Administración Pública al servicio de la burocracia, es decir de las propias estructuras del Estado, estableciéndose para ello además, una administración paralela⁶⁹ a la “tradicional,”⁷⁰ conformada por las “misiones,” reguladas ahora en una Ley específica, la Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-misiones.⁷¹

⁶⁸ Véase Cosimina G. Pellegrino Pacera, “La reedición de la propuesta constitucional de 2007 en el Decreto N° 6.217 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública,” en *Revista de Derecho Público* N° 115 (*Estudios sobre los decretos leyes*), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 163 ss.

⁶⁹ Véase José Ignacio Hernández, “La administración paralela como instrumento del Poder Público”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 175 ss.

⁷⁰ *Gaceta Oficial* Extra N° 6147 de 17-11-2014.

⁷¹ Que es la regulada en la Ley Orgánica de la Administración Pública. Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extra. de 19 de noviembre de 2014. Véase sobre esta Ley Allan R. Brewer-Carías, Rafael Chavero G., José M. Alvarado Andrade, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas 2015.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el habeas data

Eligio Rodríguez Marcano

*Profesor de derecho la Universidad Católica Andrés Bello (Guayana)
Director de la Escuela de Derecho (UCAB Guayana)*

Resumen: *Este artículo analiza el derecho a la protección de datos de carácter personal en el ámbito latinoamericano, y su relación con el habeas data como instrumento procesal reducido a asegurar el acceso a la información pública.*

Abstract: *This article analyses the right to the protection of personal data in Latin America, and its relation with the habeas data recourse that has been reduced as a procedural instrument in order to guaranty he access to public information.*

Palabras clave: *Protección de datos personales. Acceso a la información pública. Habeas data.*

Key words: *Personal data Protection. Individual rights to access to public information. Habeas data recourse.*

SUMARIO

- I. PRELIMINARES
- II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
- III. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINARES

El derecho a la protección de datos de carácter personal se entiende como un verdadero derecho fundamental, autónomo, que se traduce en una potestad/poder de control y disposición sobre los datos personales, y se compone de un conjunto de facultades que se otorgan a los ciudadanos, para que ellos puedan decidir a quién o quiénes les proporcionará información -independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares-, estableciéndoles cuáles puede recoger, manteniendo siempre, el seguimiento de su uso y finalidad. Ese control permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, además de permitir el

derecho a oponerse a su posesión y su uso, e incluso a su indemnización, utilizando para ello las acciones judiciales y extrajudiciales.¹

Esa visión nace originalmente en Norteamérica y luego se traslada a Europa, donde se tiene un camino recorrido y una experiencia digna de importar y aprender, especialmente ante la manera como se ha entendido la progresividad de los derechos fundamentales y su incorporación y la regulación a niveles incluso comunitario.²

¹ Este concepto nace de la sentencia 292/2000, del 30 de noviembre, a través de la cual el Tribunal Constitucional Español resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, esto es, ante la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Además, como bien lo afirma Serrano Pérez, M. M, en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, p. 176-177, se trata del "... derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal".

Este derecho se reconoce por primera vez en Venezuela, a través de la sentencia 1318, del 4 de agosto de 2011, en el caso *GERMÁN JOSÉ MUNDARAIN HERNÁNDEZ* (como Defensor del Pueblo). Aquí se plantea lo que se hemos denominado, la visión integradora de la Sala Constitucional y lo que se asume como una oportunidad de articulación de las dos posiciones desde el mismo Tribunal.

En el presente caso, conoce la Sala Constitucional de un recurso de nulidad contra el Decreto Nro. 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. De esta manera, el Defensor del Pueblo delata que las instituciones financieras, por vía del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y con base a los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, del 26 de junio de 1998, vulneraban los artículos 28 y 60 de la Constitución.

² Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M, en la citada obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* en su p. 29, el concepto aparece por primera vez bajo el esquema del derecho a la protección ante la informática y específicamente frente al poder de intromisión que para la época tenía la prensa en los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo fue escrito por Warren, S. y Brandeis, L, denominado: "The Right to Privacy", publicado en *Harvard Law Review*, Vol IV, N° 5, Año 1890-1891, pp. 193 a la 220, el cual se encuentra traducido al español, en una edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. obra denominada, *El derecho a la intimidad*, de Civitas, Madrid, 1995.

Merece la pena, además, referir el comentario de Piñar Mañas, J. L, en la obra *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales*. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008, p. 18, en el que se indica: "Sin perjuicio de construcciones doctrinales anteriores, entre las que destacan sin duda alguna Cooley, T. que en 1888 habló ya de "the right to be alone" y el tantas veces citado (que no siempre leído) artículo de Warren y Brandeis "The Right to Privacy", lo cierto es que hasta la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo no se sientan las bases del derecho a la protección de datos tal como hoy la entendemos".

Véanse además: Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. (noviembre-diciembre) 1982, p. 21.

Rebollo Delgado, L, en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid 2008, p. 34, quien opina que a pesar de la existencia de disposiciones jurídicas de protección, el asunto Warren y Brandeis de 1890 en los Estados Unidos, "...configura un nuevo derecho que pasará en primer lugar a formar parte del ordenamiento norteamericano a través de la ju-

Ahora bien, Latinoamérica a diferencia de Europa, ha querido dar una justificación procesal a un asunto netamente constitucional (a lo cual se ha sumado Venezuela),³ siendo el centro no el derecho a la libertad informática, o como también se conoce “la autodeterminación informativa”, o el derecho a la protección de datos de carácter personal -denominación que nos parece la más acertada-, sino que como señala Puccinelli, el proceso de reformas o adaptaciones constitucionales van a definir dos versiones principales en función del “...*habeas data*: aquella que se ocupará de otorgar una garantía procesal al derecho a la autodeterminación informativa (*habeas data* propio o tradicional) y aquella que pretenderá garantizar el acceso a la información pública (*habeas data* impropio)”.⁴

Por esa razón, en los años ochenta, Argentina, Colombia y Chile, desarrollaron los primeros proyectos, para atender la situación e influencia de la informática, tomando como base las regulaciones que desde Europa se habían gestado.⁵

Esas iniciativas aunque no implicaron disposiciones concretas y efectivas, dieron inicio a la discusión regional, a la creación de una conciencia de protección necesaria y a la búsqueda de soluciones jurídicas, toda vez, que la realidad tecnológica y su utilización, habían “...facilitado las persecuciones adelantadas por las recientes dictaduras en el subcontinente”⁶.

De modo que -como ya fue señalado- el punto de partida es la década de los ochenta, y con ellos la llamada “redemocratización”, esto es, la reforma de gran parte de las constituciones de los países latinoamericanos, las cuales procuraron una mayor tutela de los derechos fundamentales, la buena marcha de las instituciones y la fortaleza de sistema democrático.⁷

En ese proceso de incorporaciones, y nuevos derechos y garantías -en el caso que ocupa-, se toman como referencias centrales a Portugal y España, pues son los primeros en regular la materia a nivel Europeo. Luego, los países latinoamericanos colocan su rasgo autóctono, al tratar de establecer mecanismos de protección del derecho a la protección de datos de carácter personal y configurar el hoy conocido *habeas data*.⁸

risprudencia. Con posterioridad dará el salto a las declaraciones internacionales de derechos, para poco después pasar a los textos constitucionales, fundamentalmente a los europeos”.

³ Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal. Prefiriendo las Constituciones latinoamericanas incorporar las figuras del *habeas data* con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado “derecho”, con lo cual se reduce y suplanta el verdadero derecho.

⁴ Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 193. De acuerdo al autor, la frase *Indoiberoamérica*, corresponde a la expresión tomada de Pablo Lucas Verdú, en reemplazo del término Iberoamérica, como una expresión más justa y acabada de la realidad, p. 22.

⁵ Correa, C. *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho* (Aportes de doctrina internacional, vol. 2). Depalma. Buenos Aires 1996, p. 17.

⁶ Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*.... p. 193.

⁷ *Ídem*.

⁸ Puccinelli, O. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de *habeas data* en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos).” *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, México 2004, p. 97.

De esta manera, las referencias o constantes están enfocadas especialmente sobre dicha garantía, que luego se confunde con el propio derecho a la protección de datos de carácter personal. Es así, que tanto en el seno constitucional, doctrinal y legislativo, su incorporación es reciente, permitiendo que se mantenga bajo confusión y oscuridad dicha figura y se estudie desde el llamado *habeas data*.⁹

Bien tiene razón Pérez Luño cuando se refiere a la seguridad jurídica, al hablar del Estado de Derecho y dentro de ello al utilizar el término de “inflación normativa”, donde sostiene que “El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos”.¹⁰

En todo caso, somos de la opinión que el *habeas data* es sólo una garantía judicial, un mecanismo de protección, cuyo fin es permitir la plena vigencia del derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que no debe confundirse con el derecho, ni con las facultades que nacen de él (acceso, la actualización, rectificación o cancelación), sino que como vía procesal hará posible la materialización de aquel.

Las siguientes consideraciones, constituyen un acercamiento a lo que se ha denominado la justificación de Latinoamérica para tomar el camino del *habeas data* bajo una visión distinta del derecho a la protección de datos personales. Se trata de un acercamiento a comprender el amplio y complejo mundo de la informática, de nuestra realidad y reacción y principalmente ante la diversidad de nuestros países.

II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. *Primera razón: La inestabilidad política y jurídica de la región*

Latinoamérica no puede verse bajo la tradición “arraigada” en materia de protección de datos a diferencia de Europa, y ello -no cabe duda- tiene visos y antecedentes en la marcada inestabilidad que se plantea en la mayoría de sus países, ante las muchas y actuales dictaduras que han atentado y atentan contra la eficaz protección de los derechos y libertades fundamentales, que además requieren y claman los regímenes democráticos.¹¹

Es importante acotar que el término *habeas* en la doctrina se utiliza de manera indistinta tanto con acento, como sin acento, aunque se prefiere la última opción.

⁹ Principalmente a partir de los años 1988, con la Constitución de Brasil. Así mismo, el Estado Colombiano, ha asumido la figura del *habeas data* como un derecho autónomo, como lo ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias: T-414/92, T-480/92, T-486/92, T-008/93, T-022/93, T-110/93, T-097/95, T-199/95, entre otras. C-114/93, T-160/93, T-220/93, T-296/93, T-303/93, T-354/93, T-359/93, T-389/93, T-459/93, T-460/93, SU.528/93, S.V. SU.528/93, T-127/94, T-157/94, T-164/94, T-094/95, T-096A/95,

¹⁰ Pérez Luño, A. *La seguridad jurídica*. (2^{da} edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona. 1994, p. 64.

¹¹ Véase Argüello Téllez, F. Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003), en el artículo: “Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”. Editorial Tirant Lo Blanch. Agencia de Protección de Datos. Valencia-España. 2006, p. 80.

De manera que, al revisar el pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, que además nace con nuestra emancipación, podemos encontrar algunas pistas que ratifican la enorme turbulencia que ha vivido Latinoamérica en la consolidación de las hoy llamadas democracias, y que tienen origen en la construcción de su pensamiento político, donde es ineludible escapar de nuestros ideales, un rotundo pragmatismo y un desbordado autoritarismo (que se mantienen incluso hasta el siglo XXI). Ello se puede expresar así:

“El contenido lo fijó la realidad misma, la nueva realidad que se empezó a constituir al día siguiente del colapso de la autoridad colonial. Entonces empezó la contradicción, cuya expresión fueron las guerras civiles, los vagos movimientos sociales, las controversias constitucionales, las luchas de poder, siempre movidas por el juego indisoluble entre las ambiciones de grupos o personas y las encontradas concepciones sobre las finalidades de la acción y las formas alcanzadas...” porque además “...frente al constitucionalismo, se fue delineando poco a poco una mentalidad política pragmática que debía terminar justificando la dictadura de quien tuviera fuerza y autoridad para asegurar el orden y la paz resolviendo autoritariamente los conflictos concretos surgidos de los intereses y las expectativas de pugna.”¹²

Esa experiencia y pensamiento político ha marcado a Latinoamérica, convirtiéndola en una región que llegó tarde a la democracia y que se ha construido bajo constituciones relativamente recientes, configurándose en una suerte de sistemas jurídicos de avance y de retrocesos, que son obstáculos permanentes en la plena vigencia de los derechos fundamentales -incluso para el siglo XXI-.

Así lo expone Brewer-Carías, al aludir al contexto actual de la Venezuela de hoy, expresando con vehemencia las violaciones actuales al orden constitucional, luego del proceso electoral y político de 1999.¹³

¹² El pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, lo podemos revisar en el prólogo elaborado por Romero, J. L., en la obra *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho, Caracas 1977, pp. X y ss.

¹³ Véase el discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Parainfo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002, en la obra de Brewer-Carías, A. *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 19 y 20.

También puede verse el artículo “Reflexión crítica de la Constitución de 1999” de Brewer-Carías, A. *Revista de derecho público*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 7 y ss. Aquí se afirma el llamado populismo, autoritarismo y estatismo insolente.

Además la *Revista Derecho y sociedad de los estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila*. En el artículo: “Venezuela: historia y crisis política” de A. Brewer-Carías, Caracas 2001, p. 217 y ss. Aquí el autor hace una revisión desde la gesta independentista hasta llegar a nuestros días, afirmando que: “El militarismo, así, marcó a nuestro país desde la independencia durante todo el siglo XIX y ha estado presente hasta nuestros días...”.

Véase la obra: *Temas Constitucionales* (véase el artículo de A. Brewer-Carías, “El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional”). Fundación de Estudios Administrativos. Caracas 2001, p. 13 y ss.

Ello, sin lugar a dudas ha permitido que la historia de progresividad de los derechos fundamentales -aunque plasmada en la Constitución- sea tardía; bajo la influencia de las reformas, enmiendas y constituciones tras constituciones, caudillos tras caudillos, todo lo que ha conllevado a la poca profundización a nivel constitucional, legislativo, doctrinal y jurisprudencial.¹⁴

Sin embargo, no se trata del contexto venezolano solamente, ni del siglo pasado, sino que se trata incluso de este siglo y de los países del hemisferio americano que han visto toda esa lucha entre el poder y el esquema constitucional, lo que ha marcado su realidad actual. Esa lucha es reciente, así como, sus constituciones, por lo que ese tiempo de puja nos ha dejado con ciertas deficiencias visuales.¹⁵

De modo que, la realidad política, el pensamiento político gestado, la visión autoritaria y sumado a ello los cambios “dinámicos” vividos en el seno constitucional, no han permitido reflexionar sobre el verdadero papel, desarrollo y alcance de los derechos fundamentales, y mucho menos de los nuevos derechos fundamentales (en los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales), por la ruptura constitucional, las reformas constantes a las constituciones, además de pretender que a través de las leyes se resuelvan los problemas en los países.¹⁶

¹⁴ De hecho, en el caso venezolano, aun con la existencia del artículo 50 (o cláusula abierta de derechos humanos) en la Constitución de 1961, no es sino hasta el año 1999, cuando en la nueva Constitución se plantea el abuso ante la informática (en el artículo 60) y se plantea el “llamado *habeas data*” en el artículo 28.

¹⁵ Valadés, D. *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, N° 41). UNAM. México 2002, p. 28 y 29. Afirmo el autor que:

“De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas entre 1980 y 1999. En esta situación Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana y la uruguaya, por ejemplo, han sido objeto de importantes reformas, e incluso algunas de las adoptadas en ese periodo de quince años han experimentado ya algunas modificaciones, como ocurrió en 1993 con la de Guatemala, y entre 1984 y 1991 con la hondureña.

Como se puede apreciar, el ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los cinco países que no han modificado su Constitución figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporalmente por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985. En el caso de Venezuela, su Constitución de 1961 coincide con la conclusión de los regímenes de facto y el restablecimiento de la democracia y la de 1999 con una crisis política de gran escala, que es característico entre otras cosas por la derrota electoral de los partidos tradicionales.”

¹⁶ Es el caso que hoy autores como Brewer-Carías, hablan de términos “Derecho a la Constitución”, o el “Derecho a la Democracia”, desde los países Latinoamericanos, como fórmulas de vigencia y supremacía de la Constitución. Véase *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.). En el artículo de Brewer-Carías, A: “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.” INEJ. Bogotá 2011, pp. 73-94.

Así mismo, a todo este esquema de ilusiones y desilusiones que vive Latinoamérica, en la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales, se debe sumar las palabras de Vanossi, quien agrega consecuencias ante la crisis política, constitucional y que generan mayor atención ante el enfoque de la crisis que se tiene que afrontar, especialmente al referirse a:

“La diferencia que hay cuando uno estudia los repertorios o los anuales en materia de protección de derechos humanos, entre los casos que registran en Europa o en algunas partes del continente americano como en EE.UU. o Canadá, y el equivalente a los casos que se registran en nuestra castigada América Latina es una diferencia palmaria. Los europeos están en una protección muy sofisticada porque los casos que se registran allí son de lesiones milimétricas y están originados en verdaderas exquisiteces que han ido elaborando en torno a la doctrina y la protección de la persona humana [...] En América Latina tenemos situaciones macro, en las cuales las lesiones a los derechos humanos suelen aparecer en una dimensión cualitativa y cuantitativamente poderosa...”¹⁷.

Además de la variabilidad constitucional lo consecuente es el pragmatismo, propio de los países Latinoamericanos (el llamado “remedio”), donde el abuso del autoritarismo ha llevado a que se trate de establecer un nuevo constitucionalismo¹⁸ o como menciona Puccinelli se trata de la “redemocratización” de la mayoría de los países indoiberoamericanos,¹⁹ y en ellas, la incorporación de nuevas formas, con el fin de hacer frente ante la posible ruptura del hilo constitucional.

Lo que se pretende decir, es que existe en Latinoamérica una visión distinta sobre el derecho a la protección de datos y su cultura, lamentablemente ante la poca vigencia de nuestras democracias y constituciones, así como, por la atención que nuestros países han tenido que mantener ante los constantes choques y pugnas políticas, y falta de continuidad constitucional ante la lucha por el poder (unos con mayor y otros con menor grado), todo ha permitido nuestra llegada tardía a la progresividad de los derechos fundamentales.

En ese orden, ante la inestabilidad política y jurídica, no puede caber en Latinoamérica - ni frente a los derechos fundamentales y mucho menos ante el derecho a la protección de datos- una revisión sobre antecedente jurisprudenciales, doctrinales, sino constitucionales y legislativos que han marcado su existencia y apreciación, y que nacen a partir de las incorporaciones espasmódicas, apresuradas o incompletas y que se van nutriendo por el lento desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos en la región, cuya génesis no es la nueva visión de la libertad, sino la búsqueda y salida (que se describe en acceso) ante el poder y el uso y abuso de la informática.

¹⁷ Vanossi, J. “El *habeas data*: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho* del 13/9/94 159-940.

¹⁸ Incluso siguiendo el planteamiento de Argüello Téllez, F. En la citada obra. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica...* p. 69. “...se hace necesario adoptar medidas que permitan alcanzar el máximo nivel de aprovechamiento para la región, garantizando el respeto a los derechos humanos fundamentales”. También en las páginas 80 y 81, el mismo autor expresa que el *habeas data*: “...fue concebida como un remedio constitucional contra los abusos de poder e ilegalidades cometidas por servidores o agentes públicos, relacionadas en especial a las informaciones y datos relativos a los administrados”. [...]

“Una de las razones fundamentales para que América Latina se hubiere decidido por adoptar este mecanismo de protección y no seguir el modelo Europeo, son los costos económicos implícitos que conlleva la adopción de una Ley General de Protección de datos al estilo de la Directiva Comunitaria.”

¹⁹ Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* p. 193.

A ello, se debe agregar la falta de acuerdos internacionales, de unificación de criterios en el continente, que -como se verá a continuación- limita aun más nuestra visión ante el nuevo derecho.

2. *Segunda razón: La inexistencia de tratados internacionales regionales, que regulen y unifiquen la visión del derecho a la protección de datos personales de carácter personal*

Además, del contexto político y constitucional, que han retrasado la incorporación del derecho o su evolución y comprensión, lo segundo tiene que ver con la inexistencia en Latinoamérica de tratados internacionales de protección de datos,²⁰ mediante el cual se pueda establecer el contenido esencial, los principios que puedan plantearse para el tratamiento de los mismos y los mecanismos de protección y además pueda servir de marco referencial o modelos para los países con incidencia en las legislaciones nacionales.²¹

Sin embargo, desde la óptica política se ha tratado de avanzar y hacer un reconocimiento internacional del nuevo derecho a la protección de datos personales. Un ejemplo reciente es la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (derivada de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y Gobiernos, donde participaron 21 países Iberoamericanos,) en la cual se expresó que:

“45.... la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.”²²

Dicha Red Iberoamericana de Protección de Datos, puede apreciarse como una respuesta a la “...necesidad de fomentar, mantener y fortalecer un estrecho y constante intercambio de información, experiencia y conocimiento entre los Países Iberoamericanos, a través del diálogo y colaboración en materia de protección de datos de carácter personal.” De manera que constituye una oportunidad para que los países iberoamericanos postulen proyectos relativos a la materia. Así mismo, sus objetivos y la organización de la Red, se encuentran descritos en el Reglamento, aprobado en Cartagena de Indias, Colombia, los días 27 al 30 de mayo de 2008, en el marco del VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos.²³

²⁰ Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae 2* (Artículo: “Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet”). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2012, p. 179 y ss.

²¹ Como son los casos del Consejo de Europa (Convenio 108), o el caso de la Unión Europea y las Directivas del Parlamento y el Consejo.

²² Celebrada en fecha 15 de noviembre de 2003, la cual se encuentra publicada en la página Oficial de la Red Iberoamericana (www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php). Revisada el 26 de enero de 2015.

Véase también, la obra Piñar Mañas, J. L. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2006, p. 17 y 18. Véase además la obra cita. Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae 2*.... p. 204.

²³ Puede verse su historia en la página Oficial de la Red, a través de la siguiente dirección: http://www.redipd.org/la_red/Historia/index-ides-idphp.php

Revisada el 26 de enero de 2015.

Además se encuentra constituida por 22 países, en ellos están: Principado de Andorra, República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Chile,

De manera que, a pesar de los altibajos latinoamericanos, y el escaso fundamento regional, se han dado pasos de avance desde el contexto de los países Iberoamericanos -integrando la experiencia de España y Portugal- a los fines de unificar y comprender la existencia del derecho, pero sobre todo entender cómo la informática cruza fronteras, impacta nuestras vidas e influye y vulnera nuestros derechos fundamentales, principalmente al ser palpable en la mayoría de los países, la construcción -de manera aislada- del derecho o de su garantía, especialmente ante la aprobación de distintos dispositivos internos. Por eso, no es descabellada la tarea de afinar criterios y esfuerzos que permitan tratar de regular la informática y todo el espectro que comprende (internet, firmas electrónicas, o las telecomunicaciones).²⁴

Así mismo, en el contexto de la Organización de Estado Americanos (OEA), también se están desarrollando tareas que pretenden expresar la necesidad de legislar sobre el tema, unificar los criterios y emprender acciones mancomunadas, en la vía de asegurar -en la diferencia- un mismo fin, “la protección”.

Ello lo expresó la Asamblea General de la OEA, donde además de considerar “[...] ... la creciente importancia de la privacidad y la protección de datos personales, así como la necesidad de fomentar y proteger el flujo transfronterizo de información en las Américas”; se permitió encomendar “...al Comité Jurídico Interamericano que, antes del cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General...”, presentara “...un documento de principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas...”.²⁵

Frente a ese panorama: “La Unión Europea ha asumido el Liderazgo en cuanto a protección de datos se refiere, esto le implica jugar un papel proactivo en su desarrollo. Terceros países alrededor del mundo están siguiendo su modelo; pero su adopción no implica sólo un corta y pega de la normativa, sino compartir experiencias, evaluar su aplicación y adecuarla a las realidades de cada país o región.”²⁶

En todo caso, no existe -hasta la fecha- ningún tratado Latinoamericano sobre la protección de datos de carácter personal, sino posiciones políticas o intenciones, que no han podido concretarse y que marquen un camino a la uniformidad regional. Europa, tanto en el seno del Consejo de Europa, como en el de la Unión Europea ha marcado un cauce desde el contexto internacional que claramente ha permitido la uniformidad y han planteado el reto interno en cada país para asumir, modificar o ampliar la visión sobre la materia (Convenio 108 y la Directivas del Parlamento y el Consejo). Anclas importantes y ejemplos necesarios que tiene

República de Colombia, República de Costa Rica, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, República Dominicana, República Oriental del Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela.

²⁴ En el caso de Venezuela, incluso sin ley de Protección de Datos o *habeas Data*, se ha legislado en Telecomunicaciones, firmas electrónicas, entre otras. Lo cual es recurrente en la legislación Latinoamericana.

²⁵ Cuadragésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2011, en San Salvador, El Salvador. OEA/Ser. P. AG/doc. 5176/11, 26 de mayo de 2011.

²⁶ Véase Argüello Téllez, F. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica...* p. 80.

que apreciar Latinoamérica y que han marcado sus diferencias con Europa, pero que además tiene aún la posibilidad de desarrollar.²⁷

3. *Tercera razón: La incorporación aislada de disposiciones constitucionales y legales que tratan de hacer frente a la informática*

Si se observa el panorama Latinoamericano, encontraremos que existen algunas diferencias, entre aquellos que han previsto constitucionalmente el peligro que configura la informática -en la misma idea de los países Europeos-, tal vez incluso sin prever lo que ello representaría hoy en día.

En este grupo se encuentra Venezuela, cuando dispone en la Constitución de 1999, que: “La ley limitará el uso de la informática...”.²⁸ El otro país en la misma tendencia es Perú. Su Constitución en el artículo 2.6 expresa que “Toda persona tiene derecho: [...] 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”²⁹

Otros países, han configurado el derecho a conocer sobre sus datos, banco de datos y las facultades derivadas, son los casos de: Argentina en su Constitución de 1994, se dispuso en el Artículo 43 que: “(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” También el caso de Brasil que en la Constitución de 1988, establece en el Artículo 5 que: “LXXII se concederá “*habeas data*”: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...).” Se agrega el caso de Nicaragua que en la Constitución de 1987, en su Artículo 26, establece que: “Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo;(...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información. Guatemala por su parte en la Constitución de 1985, expresa en su artículo 31, que: “Acceso a archivos y registros estatales, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.” Y Colombia, en su artículo 15, de la Constitución de 1991, establece que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.” En todas ellas, se establecen la figura -de manera directa o indirecta- del *habeas data*.

²⁷ Aunque como se ha afirmado, ello significa voluntad política puesta en acción y un costo económico que deben estar los países dispuestos a afrontar.

²⁸ Se trata del artículo 60, el cual comprende una redacción idéntica al artículo 18.4 de la Constitución Española.

²⁹ Es el caso de la Constitución de 1993.

En todo caso, las previsiones se encuentran regadas dentro de las propias constituciones Latinoamericanas, además de establecer normativas dispersas dentro de los ordenamientos internos, donde es reconocido el derecho o la garantía.³⁰

De manera que, si se hace una revisión por décadas, los primeros antecedentes en la constitucionalización del derecho fundamental a la protección de datos -o por lo menos las primeras referencias relacionadas con el derecho- se presentan en la década de los años 80. Los primeros países en asumir dichas disposiciones fueron Guatemala, en 1985, luego Nicaragua en 1987 y luego le siguió Brasil en 1988. Una segunda etapa se plantea con seis países que hacen dicha incorporación en la década de los años 90. Es el caso de Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Ecuador y Venezuela. Posteriormente, en una tercera etapa o a partir del 2000 cuatro países hacen lo propio: Bolivia, Honduras, México y República Dominicana. Las nuevas adaptaciones son la de República Dominicana con una reforma en el 2010 y México en 2008 y 2009.³¹

En ese orden y dirección, si bien existen algunas tendencias hacia el derecho a la protección de datos, como tal, la asociación frente a su garantía es y representa el mayor énfasis o eje central del desarrollo legislativo en el ya nombrado “*habeas data*”, llegando a confundirlo o colocarlo al mismo nivel del derecho a la libertad informática o derecho fundamental a la protección de datos, lo cual dificulta el estudio.³²

Otro aspecto que merece comentario, tiene que ver con la vinculación que podemos vislumbrar desde las constituciones y las leyes generales o reglamentarias, con el derecho a la intimidad o vida privada (o esa llamada concepción preinformática de Lucas Murillo)³³. Es decir, notamos en las disposiciones Latinoamérica -constitucionales o legales- un acercamiento al *habeas data*, entendiéndolo como aquel que se configura para hacer frente a toda agresión o afeción del bien jurídico tutelado que se asume que es la intimidad.

De hecho, la mayoría de la doctrina Latinoamericana, toma como punto de referencia principal la concepción dada por Pérez Luño y así se evidencia en sus constituciones.³⁴ Se puede, por tanto ver algunas de esas concepciones así:

³⁰ García González, A. En el artículo: “La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado.” Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, N° 120, México septiembre-diciembre 2007, p. 759.

Se puede agregar, que tampoco han sido los Tribunales Constitucionales, las Salas o Cortes Constitucionales de los Tribunales o Cortes Supremas de Justicias los que han establecido el nuevo derecho fundamental, abocándose principalmente a tramitar los recursos de *habeas data*.

³¹ *Obra Cit.* Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae*.... p. 205 y 206.

³² Aunque, como afirma Frosini, T. E. en la obra cit. *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*...Pág. 135. “se ha confirmado el *Habeas data* costituzionale, como garantía jurisdiccional del derecho público latinoamericano...”. Sin embargo, al referirse al caso de Brasil, nos habla del derecho constitucional de *habeas data*, de acuerdo al artículo 135 de la Constitución de 1988, y en el caso venezolano lo asume desde la óptica del término “derecho informático”, al referirse al artículo 28 de la Constitución de 1999.

³³ Véase *obra cit.* Lucas Murillo de la Cueva, P. “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”. Col. 43 *Cuadernos y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993, p. 27 y ss.

³⁴ Visión que inicialmente asumió éste autor y que posteriormente abandonó. Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*, p. 80 y 81.

Ekmekdjian y Pizzolo por ejemplo, afirman que "...la "protección de datos" (4) no ha sido imaginada para proteger a los datos *per se*, sino a su fundamento, que es la protección de una parte sustancial del derecho a la intimidad: la que se refiere a la información individual".³⁵

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte sostienen que "Se encuentran íntimamente conectados la legitimación activa, los derechos personalísimos y la intimidad de una persona, siendo ésta generalmente la afectada por el contenido de los datos [...] El *habeas data* tiene una finalidad muy específica: otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad...".³⁶

Gozáñi también se pronuncia y establece que al hablar de la intimidad plantea que se trata de "...dos caras del derecho: una positiva, que se refiere a la garantía de contar con un instrumento procesal de resguardo contra la intromisión indiscriminada, y otra de tipo negativa, que impide capturar datos sin la autorización de quien resulta afectado. [...]. Bajo esa concepción, expresa que "...el *habeas data* protege dicho derecho a la ocultación, que es una de las ramificaciones importantes en el derecho a la intimidad...".³⁷

Quiroga Lavié sostiene que el *habeas data* es una garantía "que tutela el derecho a la intimidad, variable fundamental de la dignidad humana".³⁸

Ortíz Ortíz al manejar una doble concepción del *habeas data* (derecho y garantía), plantea que al referirse al *habeas data* como recurso judicial, éste es el encargado de lograr la "protección y tutela de los derechos fundamentales al control de la información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas".³⁹

En todo caso, aunque en el contexto europeo y especialmente en el Español, es Lucas Murillo, quien diferencia el derecho a la libertad informática y la intimidad, y de manera determinante ello se establece por el Tribunal Constitucional Español con posterioridad; en Latinoamérica son pocos los avances y la discusión doctrinal sobre el asunto, siendo escaso la revisión hacia la diferenciación (lo cual denota poca importancia), toda vez que la tendencia ha sido establecer una autonomía del *habeas data* como nuevo derecho, diferenciarlo o sustituir el derecho a la protección de datos de carácter personal (asumiendo al primero incluso como derecho y como garantía), bajo un modismo o renacimiento del llamado derecho procesal constitucional y que desde los años 80 invade a Latinoamérica como respuesta a los abusos de poder y la garantía de la constitución.

También Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. Caracas 2001. p. 110 y 111.

Además de Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1999, p. 232 y ss.

³⁵ *Obra cit.* Ekmekdjian, M. A. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... p. 5 y 6.

³⁶ Pierini, A., Lorences, V., y Tornabene, M. *Habeas data, derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1999, p. 283.

³⁷ Gozáñi, O. *El derecho de amparo*. 2^{da} edición. De palma. Buenos Aires 1998, p. 235-237.

³⁸ Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas Data*. Zavalía. Buenos Aires 2001, p. 7.

³⁹ Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 121.

Es así como autores como Ortíz Ortíz, ante la posición establecida por Pellegrino (“quien indica que el “*habeas data* es un mecanismo de defensa contra los excesos del “*poder informativo*” y para tutelar *el derecho a la autodeterminación informativa*, no para tutelar otros derechos como los antes señalados por el fallo” -refiriéndose al honor, reputación y vida privada-⁴⁰), establece que:

Sin embargo la autora desconoce que éste -refiriéndose al *habeas data*- ha sido el movimiento iberoamericano, como se señaló, pues en Brasil, lugar de origen ibérico de la institución, como en Argentina [...] conciben, efectivamente, el *habeas data* como un medio de protección de la intimidad o privacidad con motivo del abuso del poder informático...⁴¹

Es decir, claramente plantea Ortíz Ortíz una vertiente real Latinoamericana, y especialmente la evidencia que el camino fue atender la “procesalidad” del *habeas data*, su instrumentación y su posición de cara y ante el nuevo esquema concebido en el seno constitucional, denominado “Derecho Procesal Constitucional”, sin entrar en la diatriba si se trata de la extensión de la intimidad y la vida privada.

Se cree además, sin llegar a denigrar de Latinoamérica, pero sí lamentar nuestra realidad, que como lo resume Pérez Luño, cuando describe la realidad entre países avanzados que pueden y tienen condiciones para recoger información, almacenarla y distribuirla, mientras que los que no lo son “sólo pueden recibir y consumir informaciones [...] -y además agrega que- Esta circunstancia ha determinado que los países desarrollados mantengan una posición decidida a favor de una libertad ilimitada de intercambios de informaciones entre todos los países, mientras que los países subdesarrollados que carecen de una tecnología informática propia exigen que se reconozca la facultad de ejercer un control sobre los datos que puedan recogerse en su territorio”.⁴²

Ello afirma, el por qué Latinoamérica tomó el camino del *habeas data*, en la vía de tratar de llevar al contexto constitucional ese reconocimiento y pretender con él contener los abusos ante el poder informático, que es la justificación y su visión única y principal (acceder ante sus datos y la búsqueda de su control), donde nota absoluta importancia las vías judiciales, como es el caso del *habeas data*. Se trata de una visión restringida que atendiendo a la progresividad de los derechos fundamentales, es posible que se pueda avanzar.

En la segunda justificación en la construcción del nuevo derecho de *habeas data* se puede apreciar cómo los procesalistas se han incorporado a la discusión, generando nuevas figuras y elevándolas a las constituciones, produciendo mayores confusiones entre constitucionalistas y procesalistas, apartándose así de la discusión principal.

⁴⁰ Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” Tribunal Supremo de Justicia (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas 2001, p. 191. En todo caso, como veremos en la segunda justificación, nos separaremos de las diversas posiciones, incluyendo la de Ortíz Ortíz, y la de Pellegrino.

⁴¹ Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 111.

⁴² Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid 1984, p. 355.

III. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*

1. *Primera razón: La incorporación de figuras procesales en el ámbito del Derecho Constitucional (Derecho Procesal Constitucional)*

Latinoamérica inicia a partir de 1988, todo un proceso de cambios constitucionales, en el cual la mayoría de las Constituciones, se enfilan en la llamada visión de la justicia constitucional⁴³, o la incorporación de garantías en el ámbito constitucional, lo cual ha permitido el híbrido entre las normas procesales y las normas constitucionales, procesalizándose -si se permite utilizar el término- el derecho constitucional, en la búsqueda de dar respuesta a la realidad social y en la vía de pretender hacer más eficaz las constituciones.

En ese orden, Alcalá Zamora, atribuye como fundador de dicha rama procesal, denominada “jurisdicción constitucional” a Kelsen,⁴⁴ posición que va incluso a trascender al constitucionalismo de otros países (un ejemplo es el caso de España en 1931).⁴⁵

Así lo ratifica Fix Zamudio en su artículo de la defensa de la constitución, con énfasis en las Américas, en 1968, donde se plantea, la existencia de dos categorías bien diferenciadas en el marco de la defensa de la Constitución, es decir, los medios de protección de la propia constitución y las garantías, asumiéndolas -las últimas- bajo un concepto técnico y jurídico. En el caso de la primera (protección de la constitución), indican que “tienen el objeto de lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder” (aquí están los medios de protección políticos, económicos, sociales y jurídicos); mientras que el segundo caso, “las garantías constitucionales”,⁴⁶ la asume como los medios o instrumentos, o aquel sistema de carácter procesal que funciona subsidiariamente ante la protección constitucional, cuando la primera es insuficiente o con el objeto de evitar las extralimitaciones de los órganos del poder. A partir de allí utiliza -siguiendo a Kelsen- el término “Derecho Procesal Constitucional”, como el encargado del estudio de las garantías de la Constitución, con un carácter procesal, adjetivo y no sustantivas, que integran la llamada justicia constitucional⁴⁷.

De manera que, como indica Sagüés, “Es frecuente que ciertas instituciones procesales sean elevadas a reglas de derecho constitucional, cuando el constituyente formal o el derecho consuetudinario constitucional juzgan que son vitales para el desenvolvimiento de la vida social, [...] se trata de instituciones “procesales” que terminan “constitucionalizadas”. El mismo autor se refiere al derecho constitucional procesal como un “sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal e informal)”, pero además alude al término derecho procesal constitu-

⁴³ Ya señalada desde 1928 en Europa y luego rescatada en 1947 en América.

⁴⁴ Refiriéndose al trabajo titulado “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).” En *Revue de Droit Public*, 1928, p. 197-257.

⁴⁵ Alcalá Zamora, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión, México 2000, p. 215 y 216.

⁴⁶ Después de partir de varias definiciones: como derechos constitucionales de las personas, las concebidas como institucionales, en sentido estricto y finalmente en sentido técnico, que sobre es que se basa la definición referida.

⁴⁷ Fix-Zamudio, H. *Boletín mexicano de derecho comparado* (“Introducción al estudio de la defensa de la Constitución” N° 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición, UNAM, México 1969, p. 108 y ss.

cional como una rama del derecho procesal que es principalmente “el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.” En todo caso, y a los fines de complicar el asunto, distingue el autor que existen mutaciones y zonas comunes, en el entendido que puede ocurrir, que materias procesales sean incluidas al derecho constitucional, por lo que serán normas constitucionales, pero con naturaleza procesal. Pero existen otras, que poseen una realidad mixta, esto es, pertenecen un tramo al derecho procesal y otro al derecho constitucional (caso del *habeas corpus*)⁴⁸.

A criterio muy personal,⁴⁹ lo expuesto anteriormente representa el punto de partida hacia el camino de incorporar en el marco de la mayoría de las constituciones latinoamericana las figuras como el amparo, luego el *habeas corpus* y finalmente el *habeas data*, enmarcado en la conceptualización procesal en el ámbito constitucional y desarrollar a partir de allí una llamada justicia constitucional o mecanismos de vigencia y protección.

Como señala Gozaíni “El *habeas data* es un proceso constitucional que se instala en la órbita del derecho de acceso a la justicia sin restricciones, salvando cuestiones de legitimación que en la especie son ineludibles por tratarse de afecciones de carácter personalísimo”.⁵⁰

De modo, que el camino tomado fue el procesal, se incluye y eleva al ámbito constitucional y representa el remedio procesal constitucional aceptable y necesario para hacer frente a los ataques, abuso de la informática o principalmente los detentores del poder, así como, la oportunidad de poder tener acceso a la información y -en lo posible- logra un control sobre la misma. Eso permite que Latinoamérica se sitúe en el camino del *habeas data* y no en el del derecho a la protección de datos personales.

2. *Segunda razón: Se asume el habeas data como un nuevo derecho o garantía, parte del Derecho Procesal Constitucional*

Como consecuencia del nuevo rumbo, se incorporan figuras procesales o garantías constitucionales como el *habeas data*, diferenciándose del *habeas corpus*, confundiendo con el amparo, y colocándose como derecho (incluso como derecho a la libertad informática o derecho de protección de datos de carácter personal, en Latinoamérica).

Sin embargo, no se trata de un camino fácil y mucho menos pacífico dentro de aquellos que se han esforzado por dar su posición y consideración. En ese orden, existe una gama de posturas y diversidad entre ellas. Algunos autores -primordialmente argentinos- indican que:

Ekmekdjian y Pizzolo establecen que “El *habeas data* no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas [...] La acción de *habeas data* se define como el derecho que asiste a toda persona -identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros -públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación...”⁵¹

⁴⁸ Sagüés, Néstor P. *Derecho procesal constitucional (Recurso extraordinario)*. 4^{ta} ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 1-5.

⁴⁹ Y sin tratar de hacer un estudio detallado de autores, del término y de los avances.

⁵⁰ *Obra cit.* Gozaíni, O. *El derecho de amparo*...p. 250.

⁵¹ *Obra cit.* Ekmekdjian, M. A., y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... p. 1.

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte, indican que “La acción de *hábeas data* es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación”.⁵²

Como fue referido, Gozaíni también se pronuncia e indica que “El *hábeas data* es un proceso constitucional...”.⁵³

Quiroga Lavié sostiene que el *habeas data* “...no es una pureza aislada dentro del sistema de garantías. Es una herramienta más en el marco protector que vale, precisamente, en función de la mejora que puede producir en el marco del garantismo”.⁵⁴

En un nuevo sentido, Sagüés lo ha planteado como una sub-especie del amparo denominándolo “amparo informativo”. Considera que es el *habeas data* una nueva forma o posibilidad de ejercer el amparo, cuando lo que se persigue es “el acceso y modificación de ciertas fuentes de documentación, o al ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta...”.⁵⁵

En el caso de Venezuela, autores como Rondón, también asume esa postura, cuando afirma que “...El artículo 28 es constitutivo de una forma de amparo muy particular, el *habeas data*, que existe en el derecho brasileño, de donde lo copió nuestro constituyente...”.⁵⁶

En este orden de ideas, se puede citar a Zambrano, quien coloca al *habeas data* en varias facetas. Establece que se trata de una “garantía constitucional” y especialmente una “garantía de protección mediante recursos efectivos” y además, dentro de esa categoría, indica que corresponde a una especie de amparo constitucional -y así lo clasifica-, de acuerdo a la “naturaleza del derecho protegido”, por lo que concluye que se trata de una “acción de *habeas data*”.⁵⁷

Pellegrino por su parte, sostiene que “Uno de los aspectos más importantes de la adaptación del derecho a estas nuevas situaciones es el incipiente reconocimiento en los textos constitucionales de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación informativa y el *hábeas data* como medio de tutela. El derecho a la autodeterminación informativa se configura como un derecho fundamental de la persona humana, que reconoce a la persona la facultad de control sobre su propia información, y el *hábeas data* que constituye una acción para salvaguardar la autodeterminación informativa.”⁵⁸

⁵² *Obra cit.* Pierini, A., Lorences, V., y Tornabene, M. I. *Hábeas data, derecho a la intimidad...* p. 17.

⁵³ *Obra cit.* Gozaíni, O. *El derecho de amparo...* p. 250.

⁵⁴ *Obra cit.* Quiroga Lavié, H. *Habeas data...* 2001. p. 7.

⁵⁵ Sagüés, Néstor. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo.* Astrea. Buenos Aires, 1995, p. 652.

⁵⁶ Rondón, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas).* Ex Libris. Caracas 2001, p. 334.

⁵⁷ Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Atenea. Caracas 2001, p. 49 y 97.

⁵⁸ Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.”... p. 210 y 211.

Por su parte, Brewer-Carías utiliza el término de acción, al indicar que “El artículo 28 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación de las Constituciones latinoamericanas recientes, estableció expresamente en Venezuela la acción de *habeas data*...” además de que para él forma parte del “derecho procesal constitucional”.⁵⁹

En todo caso, no se trata de una concepción determinada, porque como se observa se habla indistintamente de derecho, de garantía, de proceso o de acción. Por ello, como bien señala Puccinelli, “...en ocasiones se le otorga una naturaleza mixta (acción y derecho) y no se coincide, cuando se lo entiende como acción o proceso, respecto de si se trata de un tipo de amparo o de *habeas corpus*”.⁶⁰

Al apreciar tal consideración, existe oscuridad entre establecerlo como una acción o un proceso, pero además, genera grandes diferencias si se trata del binomio derecho y garantía.⁶¹

IV. CONCLUSIONES

Algunas ideas a modo de conclusiones que podemos exponer, ante lo expuesto por la mayoría de los autores referidos, tratando de incorporar algunos comentarios en el marco de establecer la radiografía latinoamericana, son:

- Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, especialmente si se compara con Europa.
- Las Constituciones latinoamericanas han preferido incorporar la figura del *habeas data* con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado “derecho”.
- A pesar de lo anterior, no existe claridad si el *habeas data* es un derecho en sí, o una garantía, o si se trata de un proceso o una acción (tipo de amparo), o si es parte del derecho procesal constitucional.
- De aquellos que entienden al *habeas data* como un derecho, unos lo definen como el derecho a la libertad informática (entendido como el acceso a la información) y otros, lo entienden como el acceso, uso y finalidad de la información; frente a éstos, se encuentran los que lo conciben como un derecho instrumental, a través del cual se protege a otros derechos (intimidad).

⁵⁹ Brewer-Carías, A. *Revista de Derecho Público* N° 120 (octubre-diciembre 2009). (Artículo: “El proceso constitucional de las acciones de *habeas data* en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del derecho procesal constitucional”). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2009, p. 185-191.

⁶⁰ Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*... p. 218.

⁶¹ Además, se puede apreciar una influencia importante del autor, por la posición que plantea Pérez Luño y el trinomio (Libertad informática, autodeterminación informativa y *habeas data*), que además le llevará a plantear su concepción.

Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*...p. 66 y ss.

También se puede seguir dicha posición en la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1)... 2004... p. 93 y ss.

Ahora bien, frente a las descritas consideraciones, no cabe duda que todas las vías tomadas por los diversos países y las conceptualizaciones mencionadas, permiten afirmar que todas niegan la existencia del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal,⁶² porque:

a) Lo colocan bajo una visión restringida, al no tomar en cuenta el punto de partida o todo su contenido esencial que inicia con “el consentimiento”, que en palabras de Lucas Murillo, se trata de la “piedra angular” sobre la cual se va a cimentar el tratamiento de datos personales,⁶³ contenido al cual se suman el conjunto de facultades que hacen posible el derecho,⁶⁴ y que incluso lo diferencia de la intimidad y vida privada.

Existe, por tanto, una visión arraigada que solapa el derecho a la protección de datos de carácter personal por el *habeas data* y no aprecia que el derecho a la protección de datos representa más que el acceso a la información. Sin embargo, el *habeas data* es “una nueva situación jurídica [...] cualificada activamente por los derechos o facultades que aseguran tal dominio y, pasivamente, por los límites opuestos a quienes desde los poderes públicos o desde la sociedad utilizan información de carácter personal.”⁶⁵

De esta manera, el *habeas data* no puede confundirse con el derecho a la protección de datos de carácter personal y mucho menos con las facultades que derivan de él, sino que se constituye en una de las garantías del derecho a la protección de datos de carácter personal (judicial), pero no la única, porque pueden existir otras en el ámbito judicial o en el ámbito administrativo (*V.gr.* el amparo), y que nace como vía procesal para hacer posible el conjunto de facultades -que dentro del derecho a la protección de datos existen-, las cuales conjuntamente con el consentimiento, forman el contenido esencial del nuevo derecho y que además lo hacen practicable. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia (STC 292/2000 del 30 de noviembre), donde se ha afirmado que se trata de: “...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.” (F.J. 7). Se trata de un poder de disposición y control que van a poseer los ciudadanos que le otorgan un conjunto de faculta-

⁶² Bajo el seguimiento y las consideraciones basadas en la posición de Pérez Luño y ese trinomio de Libertad informativa, autodeterminación informativa y *habeas data*, -en Latinoamérica-, más que traer avances lo que ha generado es la desnaturalizado del derecho a la protección de datos personales, construyendo concepciones que anulan al propio derecho.

⁶³ Véase *obra cit.* Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales...* p. 61. También en Lucas Murillo de la Cueva, P., y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 26. Lucas Murillo, indica que “...la disposición por terceros de datos personales solamente es lícita cuando han sido obtenidos con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícitas.”.

También *Obra cit.* Serrano Pérez. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 195-197. Es importante también aclarar, lo que establece la autora al referirse al consentimiento “...no se traduce en la posibilidad del interesado de decidir acerca del nivel de protección de sus datos o, al menos, no de igual manera en todos los supuestos. Para ser exactos, ese nivel está fijado a priori por las leyes”.

⁶⁴ *Obra cit.* Serrano Pérez. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 196 y 197.

⁶⁵ Véase *obra cit.* Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa...*2009, p. 18.

des que se expresan en: “consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.” Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: “saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se “informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.”

b) El segundo aspecto tiene que ver con la instrumentalidad, es decir, el entender al *habeas data* como el derecho de la protección de datos, y otorgarle un carácter meramente instrumental, simplemente anula la existencia del nuevo derecho fundamental, colocándolo como una especie de derecho-garantía, sin vida propio e incorporado su existencia a la vigencia de otros derechos, lo cual es absolutamente erróneo, porque como bien lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional Español en la referida sentencia 292/2000, se trata de un “poder de disposición y control”, un derecho autónomo, que se diferencia con el derecho a la intimidad, la cual consiste en ese poder de “...excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno...” [...] es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida...”; por otro lado el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos...” (F.J. 5).

c) De modo que, como afirma Casal en Venezuela,⁶⁶ se deben aclarar algunos conceptos básicos para llegar a definir el *habeas data*, pero señala que la libertad informática es un “derecho fundamental” y que dentro de este se encuentran un grupo asociados de derechos, como son: el “derecho a la autodeterminación informativa”, ya que cada persona puede decidir cuándo, cómo y a quién dar información “personal o privada”; el “derecho de información y acceso”, es decir, conocer y acceder a los referidos datos, el “derecho de rectificar y cancelación” de los datos, el “derecho a la indemnización por daños” y finalmente el “derecho a garantías suficientes”, y una de esas garantías es el *habeas data*.

De manera que, de todo lo que se ha mostrado se puede colegir que la existencia del “remedio constitucional” (*habeas data*), ni siquiera garantiza los parámetros comunitarios porque el *habeas data* va a corregir irregularidades en el tratamiento de datos, pero no es la vía idónea para prevenir las acciones que atentan con los derechos y libertades fundamentales como la regulación del tratamiento, por lo que sólo es un mecanismo más.⁶⁷

En ese sentido, este tránsito permite comprender el haz de facultades que plantea el derecho a la protección de datos de carácter personal que han sido opacadas desde Latinoamérica con el *habeas data* y que -como fue afirmado- junto al consentimiento, forman parte del contenido esencial del derecho. Por lo que estudiar la existencia del nuevo derecho desde su garantía es un error, pero que es posible solventar.

⁶⁶ Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). UCAB. Caracas 2001, p. 209.

⁶⁷ Véase Argüello Téllez, F. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: Protección de datos personales: “La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”... p. 80-82.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alcalá Zamora, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México 2000.

Argüello Téllez, F. "Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica". *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*. Editorial Tirant Lo Blanch. Agencia de Protección de Datos. Valencia-España 2006.

Brewer-Carías, A. "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia." *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores: Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.). INEJ. Bogotá 2011.

_____. "Discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario". Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002. *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2004.

_____. "El proceso constitucional de las acciones de *habeas data* en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional". *Revista de Derecho público* N° 120/2009. Editorial Jurídica Venezolana. Venezuela. 2009.

_____. "El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional". *Temas Constitucionales*. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas 2001.

_____. "Reflexión crítica de la Constitución de 1999". *Revista de derecho público*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2000.

Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1999.

Correa, C. *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional, vol. 2)*. Depalma. Buenos Aires 1996.

Ekmekdjian, M. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*. Depalma. Buenos Aires 1998.

Ekmekdjian, M. A. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Depalma. Buenos Aires 1994.

Fix-Zamudio, H. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución." *Boletín mexicano de derecho comparado* N° 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México 1969.

Frosini, T. E., en "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos* N° 124. (Nueva Época), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid abril/junio, 2004.

Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre).

García González, A. En el artículo: “La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado.” Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, N° 120, México. Septiembre-diciembre 2007.

Gozáni, O. *El derecho de amparo*. 2da edición. De palma. Buenos Aires. 1998.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Col. 43 *Cuadernos y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2009.

Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. Caracas 2001.

Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” Tribunal Supremo de Justicia (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas 2001.

Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*”. Civitas. Madrid 1995.

Pérez Luño. A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid 1984.

_____ *La seguridad jurídica*. (2^{da} edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona 1994.

Piñar Mañas, J. L. *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008.

_____ *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España 2006.

Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis. Santa Fe de Bogotá 1999.

_____ “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de *hábeas data* en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos).” *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México 2004.

Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas Data*. Zavalía. Buenos Aires 2001.

Rebollo Delgado, L. *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid 2008.

Remolina Angarita, N. “Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet”. *Quaestiones Disputatae* 2. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2012.

Rondón, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Ex Libris. Caracas 2001.

_____ *Cuatro temas álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Ex Libris. Caracas 2004.

Romero, J. L. (“Prologo”). *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas 1977.

Sagüés, N. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea, Buenos Aires 1995.

_____ *Derecho Procesal Constitucional (Recurso extraordinario)*. 4^{ta} ed. Astrea. Buenos Aires 2002.

Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson. Madrid 2003.

Valadés, D. *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, N° 41). UNAM. México 2002

Vanossi, J. “El *habeas data*: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho*. 13/9/94.

Warren, S. y Brandeis, L. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*. Vol IV. N° 5. Año 1890-1891.

Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos venezolanos, N° 2), Atenea, Caracas 2001.

Comentarios Monográficos

EL ESTADO IRRESPONSABLE EN VENEZUELA*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este trabajo analiza la situación fáctica del Estado venezolano, tomado en Estado irresponsable, producto de su deliberada e inconstitucional huida de toda posibilidad de control judicial nacional e internacional, consecuencia de su configuración como un Estado totalitario.*

Abstract: *These comments are directed to analyze the factual situation of the Venezuelan State, transformed in a irresponsible State, consequence of its unconstitutional and deliberated escaped regarding any sort of national or international judicial control or review, as a consequence of its configuration as a Totalitarian State.*

Palabras Clave: *Responsabilidad del Estado. Control Judicial.*

Key words: *State liability. Judicial review.*

I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El sometimiento del Estado al derecho, y en particular, de la Administración a la Constitución y a la ley, se configura uno de los principios más esenciales del derecho administrativo, que es el principio de la legalidad, al punto de que si el mismo no está asegurado, simplemente no existe Estado de derecho, ni hay derecho administrativo del Estado de derecho.

Entre las múltiples consecuencias de ese principio de legalidad y del sometimiento del Estado al derecho, está en primer lugar, la consagración del principio de la separación de poderes, y por tanto, de la garantía del control judicial de la actuación de la Administración, de manera que los particulares, en sus relaciones con la Administración, puedan acudir ante una justicia autónoma e independiente para el reclamo de sus derechos y en resguardo de la legalidad; con lo que quedó superado el principio contrario, el del absolutismo del Estado (*L'État c'est moi*), que quedó en la historia anterior al surgimiento del derecho administrativo.

En segundo lugar, como consecuencia del sometimiento del Estado al derecho, también está la garantía de la responsabilidad del Estado, que lo obliga a reparar los daños y perjuicios que puedan causar sus actuaciones en la espera jurídica de los particulares cuando impliquen lesión o pérdida de algún derecho, que no están obligados legalmente a soportar, con lo que también quedó superado el principio contrario, el de la irresponsabilidad del Estado propio del Estado absoluto (*L'État ne peut mal faire; The King can do no Wrong*), el cual también quedó en la historia anterior al surgimiento del derecho administrativo.

* Notas para la exposición en el *XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, sobre “Responsabilidad patrimonial del Estado,” organizado por el **Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo** y la **Universidad Panamericana**, en Ciudad de México, 13 de octubre de 2014.

Esos dos principios están establecidos expresamente en la Constitución venezolana de 1999, en la cual se incluyeron, en relación con el principio de legalidad y el sometimiento del Estado y la Administración a la justicia, y sobre la responsabilidad del Estado tanto en el ámbito nacional como internacional, las siguientes previsiones:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y **de Justicia**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la **justicia**, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la **preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político.

Artículo 7. La Constitución es la **norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.**

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que **viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo**; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en **responsabilidad penal, civil y administrativa**, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 29. El Estado estará **obligado a investigar y sancionar legalmente** los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

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

Artículo 30. **El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.**

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

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

Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

Artículo 131. Toda persona tiene **el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público.**

Artículo 137. **Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.**

Artículo 138. **Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.**

Artículo 139. **El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.**

Artículo 140. **El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.**

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, **con sometimiento pleno a la ley y al derecho.**

Artículo 255. [...] **Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.**

Artículo 259. **La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.**

Estas normas, sin embargo, en el marco del Estado totalitario que se ha desarrollado en el país desde 1999, en la práctica no tienen efectiva aplicación, por lo que el principio de legalidad no encuentra garantía alguna, y el Estado es esencialmente irresponsable. Y ello, no sólo por el sometimiento del Poder Judicial al poder político, sino por la política que ha desarrollado el “Estado de Justicia” de escaparse precisamente de la justicia.

II. EL SOMETIMIENTO DEL PODER JUDICIAL AL PODER POLÍTICO

Si bien la Constitución proclama que Venezuela se constituye en un “Estado de justicia,” en la práctica política hay una ausencia de tal, que deriva de la inexistencia de autonomía e independencia del Poder Judicial por su sometimiento, en su conjunto al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo.¹ A este último, específicamente, mediante el control político que ha venido ejerciendo la Asamblea en forma progresiva, desde 2000 hasta 2010, sobre el Tribunal Supremo, mediante el nombramiento como Magistrados a personas totalmente comprometidas con el partido oficial, que han expresado además públicamente que su misión, antes que impartir justicia, es contribuir a la ejecución de la política socialista del gobierno.² Además, la Asamblea Nacional se ha atribuido inconstitucionalmente la potestad de nombrar a los jueces de la corte y tribunal de la Jurisdicción Disciplinaria del Poder Judi-

¹ Véase sobre ello lo que ya advertíamos en 2004 en Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y más recientemente en “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254.

² Véase el Discurso de Orden de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/DiscursoDeOrdenApertura2014DeyaniraNieves.pdf>

cial, que es la que ejecuta la remoción de los jueces del país, para lo cual, por supuesto, siguen la pauta dictada por el partido de gobierno en la Asamblea, de la cual dependen.³

Por otra parte, en Venezuela, los jueces los designa el propio Tribunal Supremo de Justicia, sin que se cumpla la Constitución en cuanto a la exigencia de concurso público con participación ciudadana. El nombramiento ha sido libre, con el resultado de que la gran mayoría de los jueces son provisionales y temporales, y por tanto, totalmente dependientes y controlados políticamente.

Por tanto, el principio de la independencia y autonomía del Poder Judicial que declara el artículo 254 de la Constitución de 1999, se ha convertido en letra muerta, pues la base fundamental para asegurarlas está en las normas relativas al ingreso de los jueces a la carrera judicial y a su permanencia y estabilidad en los cargos, que no se cumplen, y nunca se han cumplido en los tres lustros de vigencia del texto fundamental. El que lea las normas constitucionales, sin embargo, se maravillará de encontrar que el artículo 255 de la Constitución, en cuanto a la carrera judicial, prevé que el ingreso a la misma y el ascenso de los jueces solo se podría hacerse mediante concursos públicos de oposición que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes, debiendo además la ley garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces. Sin embargo, nunca, durante la vigencia de la Constitución, se han desarrollado esos concursos, en esa forma.

Pero además, en cuanto a la estabilidad de los jueces, dice la Constitución que los mismos sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante juicios disciplinarios llevados a cabo por jueces disciplinarios (art. 255); pero tampoco en ese caso ello jamás se ha implementado, y a partir de 1999,⁴ más bien se regularizó, en una ilegítima transitoriedad constitucional, la existencia de una Comisión de Funcionamiento del Poder Judicial creada *ad hoc* para “depurar” el poder judicial.⁵ Esa Comisión, durante más de 10 años destituyó materialmente a casi todos los jueces del país, discrecionalmente y sin garantía alguna del debido proceso,⁶ los cuales fueron reemplazados por jueces provisorios o temporales,⁷ por supuesto dependientes del poder

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la ausencia de carrera judicial en Venezuela: jueces provisorios y temporales y la irregular Jurisdicción Disciplinaria Judicial,” en prensa en *Revista de Derecho Funcional*, Caracas 2014.

⁴ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138.

⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también lo registró en el Capítulo IV del *Informe* que rindió ante la Asamblea General de la OEA en 2006, que los “casos de destituciones, sustituciones y otro tipo de medidas que, en razón de la provisionalidad y los procesos de reforma, han generado dificultades para una plena vigencia de la independencia judicial en Venezuela” (párrafo 291); destacando aquellas “destituciones y sustituciones que son señaladas como represalias por la toma de decisiones contrarias al Gobierno” (párrafo 295 ss.); concluyendo que para 2005, según cifras oficiales, “el 18,30% de las juezas y jueces son titulares y 81,70% están en condiciones de provisionalidad” (párrafo 202).

⁷ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la

y sin garantía alguna de estabilidad. Ello, por lo demás, ha continuado hasta el presente, demostrándose sistemáticamente la autonomía judicial, sin que haya variado nada la creación en 2011 de unos tribunales de la llamada “Jurisdicción Disciplinaria Judicial” que quedó sujeta a la Asamblea Nacional, quien designa a los “jueces disciplinarios.”⁸

Con todo ello, el derecho a la tutela judicial efectiva y al control judicial del poder del Estado ha quedado marginado, siendo imposible garantizar efectivamente equilibrio alguno entre el Estado y su Administración y los derechos de los ciudadanos-administrados; lo que se agrava con la configuración del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como un poder altamente politizado⁹, y lamentablemente sujeto a la voluntad del Presidente de la República, lo que en la práctica ha significado la eliminación de toda la autonomía del Poder Judicial.

Por ello, los jueces en Venezuela, en general, no son capaces ni pueden realmente impartir justicia justa, particularmente, si con ello afectan en alguna forma alguna política gubernamental o a algún funcionario público, lo que ocurre precisamente cuando se solicita la nulidad de alguna actuación o se exige responsabilidad del Estado, sabiendo, como lo saben, que una decisión de ese tipo significa destitución inmediata, como tantas veces ha ocurrido en los últimos años. En algunos casos, incluso con encarcelamiento de los jueces que osaron dictar una sentencia que no complació al gobierno.

Allí está como muestra, el caso de la Juez Afiuni, destituida por haber seguido la recomendación del Grupo de Expertos de la ONU sobre detenciones arbitrarias, y cambiarle la detención a un procesado por un régimen libertad con presentación ante el Tribunal, que no le gustó al Presidente de la República. Por orden personal pública de éste último, la juez fue encarcelada de inmediato, con trato brutal, incluso sin desarrollo del proceso penal por algunos años, lo que llevó al mismo Grupo de Expertos de la ONU a considerar estos hechos como “un golpe del Presidente Hugo Chávez contra la independencia de los jueces y abogados” solicitando la “inmediata liberación de la juez,” concluyendo que “las represalias ejercidas sobre jueces y abogados por el ejercicio de sus funciones garantizadas constitucionalmente creando un clima de temor, solo sirve para minar el Estado de derecho y obstruir la justicia.”¹⁰

información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, cit. párr. 161.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial”), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103.

⁹ Véase lo expresado por el magistrado Francisco Carrasqueño, en la apertura del año judicial en enero de 2008, al explicar que: “no es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo”, dejando claro que la “aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política, sin vulnerar la independencia de la actividad judicial”. V., en *El Universal*, Caracas, 29-01-2008.

¹⁰ Véase en at http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/%28httpNewsByYear_en%29/93687E8429BD53A1C125768E00529DB6?OpenDocument&cntxt=B35C3&cookielang=fr. El 14-10-2010, el mismo Grupo de Trabajo de la ONU solicitó formalmente al Gobierno venezolano que la

Con un Poder Judicial sometido políticamente, es evidente que no puede existir un Estado de Justicia, y menos aún si el mismo es utilizado como instrumento para la persecución política de la disidencia. En este sentido, los tribunales están llenos de causas abiertas por razones políticas para la persecución, con el objeto de apresarse disidentes sin que exista voluntad efectiva de someterlos a juicio, porque ni motivos ni pruebas habría para ello. Ese fue, por ejemplo, el resultado de las detenciones de estudiantes realizadas con ocasión de la manifestaciones estudiantiles de febrero de 2014, quienes en su mayoría luego fueron liberados, pero sin gozar de libertad plena, después de sufrir brutal escarmiento. Otro ejemplo ha sido la detención del dirigente político de oposición Leopoldo López, a quien se ha sometido a juicio penal por los más graves delitos políticos, sin prueba alguna, sólo para encerrarlo en prisión con un juicio cuya audiencia preliminar ni siquiera se ha realizado y quizás, seguramente; no se realizará jamás. Por ello, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detenciones arbitrarias, también en este caso, exigió el 23 de septiembre de 2014, la libertad de Leopoldo López y otorgarle “una reparación integral, incluida la compensación de carácter indemnizatorio y moral,” lo cual por supuesto fue rechazado por el gobierno.¹¹

III. EL ESTADO IRRESPONSABLE, ESCAPADO DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Como resulta de lo anterior, el sometimiento del Poder Judicial al poder político, ha sido el factor fundamental para que el propio Estado, sus organizaciones y sus funcionarios se hayan escapado de la justicia, es decir, que de hecho no están ni pueden ser sometidos a la justicia, con el resultado de que lo que tenemos en Venezuela a pesar de las declaraciones constitucionales, es un Estado totalmente incontrolado e irresponsable, al cual no se lo puede someter a juicio en el orden interno, pues los tribunales, al contrario, lo garantizan que no respondan ante los mismos de sus acciones inconstitucionales o ilegales, o que causan daños a las personas.

Basta analizar las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en los últimos tres lustros, para constar que en materia de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, a pesar de que el país cuenta con un sistema mixto de control de la constitucionalidad, y en particular con el instrumento de la acción popular, las acciones intentadas por los particulares contra las leyes jamás son decididas, y por tanto, difícilmente se encuentra alguna sentencia anulatoria, salvo que haya sido intentada por los abogados del propio Estado, en interés del mismo. Además, en cuanto a la acción de amparo, también establecida en la Constitución, ya dejó de ser un medio efectivo de protección de los derechos ciudadanos, de manera que las decisiones dictadas contra funcionarios públicos sólo “protegen” cuando el poder político da su acuerdo, o cuando con ello se busca un determinado fin político como la sanción a funcionarios por desacato, lo que incluso ha llevado a la revocación del mandato popular de funcionarios, sin base constitucional alguna.¹²

Juez fuse “sometida a un juicio apegado al debido proceso y bajo el derecho de la libertad provisional”. Véase en El Universal, 14-10-2010, en http://www.eluniversal.com/2010/10/14/pol_ava_instancia-de-la-onu_14A4608051.shtml

¹¹ Véase la información en el reportaje “ONU pide liberar a Leopoldo López; el gobierno lo rechaza,” en CNN, 11 de octubre de 2014, en <http://cnnespanol.cnn.com/2014/10/11/onu-pide-liberar-a-leopoldo-lopez-el-gobierno-de-venezuela-lo-rechaza/>

¹² Véase lo expuesto sobre la inconstitucional revocación del mandato popular de alcaldes por supuesto desacato a órdenes de amparo en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

Pero en particular, por lo que se refiere a la justicia contencioso administrativa establecida para controlar la legalidad de la actuación de la Administración y condenar a la misma por responsabilidad, el control político que se ejerce sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha conducido a que en los últimos lustros la misma haya dejado de ser un efectivo sistema para el control judicial de las actuaciones administrativas. Es evidente que si la autonomía de los jueces no está garantizada ni la independencia está blindada, el mejor sistema de justicia contencioso administrativa como el regulado en el artículo 259 de la Constitución es letra muerta; y lamentablemente, esto es lo que también ha ocurrido en Venezuela en los últimos años durante el gobierno autoritario.

Este proceso de deterioro comenzó a evidenciarse abiertamente desde 2003 con motivo de la destitución *in limine* de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con ocasión de haber dictado una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo iniciado el 17 de julio de 2003 a solicitud de la Federación Médica Venezolana contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, por la contratación indiscriminada de médicos extranjeros no licenciados para ejercer la medicina en el país para atender el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas, violándose además Ley de Ejercicio de la Medicina; al estimar la Corte que había una presunción grave de violación del derecho al trabajo y a la igualdad de los médicos venezolanos.

La Federación Médica Venezolana en efecto, había considerado que la actuación pública cuestionada era discriminatoria y violatoria de los derechos de los médicos venezolanos (derecho al trabajo, entre otros) a ejercer su profesión médica, al permitir a médicos extranjeros ejercerla sin cumplir con las condiciones establecidas en la Ley. Por ello la Federación intentó la acción de nulidad y amparo, en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos, solicitando su protección.¹³ Un mes después, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera dictó una medida cautelar de amparo considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, y ordenando al Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano sustituir los médicos cubanos ya contratados sin licencia por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia para ejercer la profesión en Venezuela.¹⁴

La respuesta gubernamental a esta decisión preliminar de carácter cautelar, que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, fue el anuncio público del Ministro de Salud, del Alcalde metropolitano y del propio Presidente de la República en el sentido de que la medida cautelar dictada no iba a ser acatada en forma alguna por el Estado;¹⁵ anuncios que fueron seguidos de varias decisiones gubernamentales:

¹³ Véase Claudia Nikken, "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos," en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

¹⁴ Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 445 ss.

¹⁵ El Presidente de la República dijo: "Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...", en el programa de TV Aló Presidente, N° 161, 24 de Agosto de 2003.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, controlada por el Ejecutivo, adoptó la decisión de avocarse al caso decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y usurpando competencias en la materia, declaró la nulidad del amparo cautelar decidido por esta. A ello siguió que un grupo de agentes de la policía política allanó la sede de la Corte Primera, después de detener a un escribiente o alguacil de la misma por motivos fútiles; y luego que el Presidente de la República, entre otras expresiones usadas, se refiriera al Presidente de la Corte Primera como “un bandido.”¹⁶ Unas semanas después, la Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno, destituyó a los cinco magistrados de la Corte Primera, la cual fue intervenida.¹⁷ A pesar de la protesta de los Colegios de Abogados del país e incluso de la Comisión Internacional de Juristas;¹⁸ el hecho es que la Corte Primera permaneció cerrada sin jueces por más de diez meses,¹⁹ tiempo durante el cual simplemente no hubo justicia contencioso administrativa en el país.

Esa fue la respuesta gubernamental a un amparo cautelar dictado por el juez contencioso administrativo competente respecto de un programa gubernamental sensible; respuesta que fue dada y ejecutada a través de órganos judiciales controlados políticamente. Ello, por supuesto, lamentablemente significó no sólo que los jueces que fueron luego nombrados para reemplazar a los destituidos comenzaron a “entender” cómo debían comportarse en el futuro frente al poder; sino que condujo a la abstención progresiva de todo control contencioso administrativa de las acciones gubernamentales. De ello resulta que la Jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, de raigambre y jerarquía constitucional, simplemente hoy no existe en la práctica.

Y para que quedara clara la situación catastrófica de estas actuaciones sobre el Poder Judicial, la demanda que intentaron los jueces contencioso administrativo destituidos ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos por violación a sus garantías constitucionales judiciales, a pesar de que fue decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2008, condenando al Estado,²⁰ de nada sirvió sino para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,²¹ citando como precedente una sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 2002, declarara que la sentencia del tribunal internacional era “inejecutable” en Venezuela. La Sala además, solicitó al Ejecutivo que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos porque la Corte Interamericana supuestamente había usurpado los poderes del Tribunal Supremo, lo que el Ejecutivo cumplió cabalmente en 2011.

¹⁶ Discurso público, 20 septiembre de 2003.

¹⁷ Véase la información en El Nacional, Caracas, Noviembre 5, 2003, p. A-2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: “*La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado*”.

¹⁸ Véase en El Nacional, Caracas, Octubre 12, 2003, p. A-5; y El Nacional, Caracas, Noviembre 18, 2004, p. A-6.

¹⁹ Véase en El Nacional, Caracas, Octubre 24, 2003, p. A-2; y El Nacional, Caracas, Julio 16, 2004, p. A-6.

²⁰ Véase sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr

²¹ Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros - Procuraduría General de la República vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

La consecuencia de todo ello es que la Jurisdicción contencioso administrativa, cayó en desuso, de manera que no más del uno por ciento de la totalidad de las sentencias dictadas por dichos tribunales son anulatorias de actos administrativos o de responsabilidad administrativa,²² habiendo quedado reducida a resolver cuestiones laborales de la función pública o tributarias.

Siendo el Estado venezolano uno que no está sometido al derecho, por no poder ser controlado ni respecto del cual los ciudadanos pueden exigir responsabilidad, sin duda, no puede haber Estado de Justicia, lo que ha conducido a consolidar la existencia de un Estado irresponsable, un derecho público que está sólo al servicio exclusivo del Estado, y un derecho administrativo como un orden desequilibrado, donde sólo encuentra protección el propio Estado sin que los particulares sean objeto de protección y menos de garantía.

IV. EL ESTADO IRRESPONSABLE, ESCAPADO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Pero la irresponsabilidad del Estado y la decisión de escaparse de la justicia y negarse a someterse a la misma no sólo ocurre en el ámbito nacional, sino que también ha rebasado las fronteras, por lo que además de haberse desligado y desentendido de poder ser juzgado por los tribunales nacionales, también ello ha ocurrido respecto de la justicia internacional. Ello sucedió, primero, al denunciar el Estado en 2006, el Tratado de la Comunidad Andina de Naciones, retirándose Venezuela de dicha Comunidad, y escapándose así de la jurisdicción del Tribunal Andino de Justicia,²³ y segundo, al denunciar el Estado en 2012 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para escaparse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁴

Este huida, incluso se comenzó a materializar incluso antes de tal lamentable denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando a partir de 2008, como se dijo, el Estado venezolano desconoció a la justicia internacional, rebelándose contra las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incurriendo en desacato mediante el expediente de declararlas como “inejecutables” en Venezuela, particularmente aquellas condenatorias contra el Estado venezolano pronunciadas por responsabilidad del Estado derivada de la violación de derechos humanos.

Ello ocurrió, primero, con la sentencia mencionada de la Corte Interamericana dictada en el citado caso de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa

²² Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano* (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), Funeda, Caracas 2008.

²³ Comunicación oficial del Ministro de Relaciones Exteriores de 22-4-2006 enviada a la CAN. Véase el texto en <http://www10.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=2e424fd3-30ec-46e9-8c92-fcce18b3e128>. Véase así mismo la información en <http://www10.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=2e424fd3-30ec-46e9-8c92-fcce18b3e128>. Véase los comentarios en “El largo camino para la consolidación de las bases constitucionales de la Integración Regional Andina y su abandono por el régimen autoritario de Venezuela”, en André Saddy (Coord.), *Direito Público Econômico Supranacional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, pp. 319-351.

²⁴ Comunicación del Ministro de Relaciones Exteriores al Secretario General de la OEA de 6-9-2012. Véase la Nota de Prensa de la OEA lamentando la decisión en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>

destituidos por haber dictado una medida cautelar de amparo contra la actividad lesiva de órganos públicos,²⁵ mediante la cual se condenó al Estado por violación de los derechos a las garantías judiciales lesionadas, exigiéndosele responsabilidad patrimonial. Dicha sentencia internacional, sin embargo, fue declarada como “inejecutable” en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*)²⁶ dictada precisamente a petición del Procurador General de la República (que es el abogado del Estado), quien había intentado un inconstitucional “recurso de control de constitucionalidad” de dicha sentencia.

Ocurrió, además, con la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso del ex Alcalde Leopoldo López, quien fue objeto de una medida de inhabilitación política impuesta inconstitucionalmente por un órgano administrativo como la Contraloría General de la República,²⁷ la cual también a petición del Procurador General de la República (que es el abogado del Estado) fue declarada como “inejecutable” en el país por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia. N° 1547 de 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*)²⁸, para lo cual el Tribunal Supremo también admitió la inexistente “acción de control de constitucionalidad” de las sentencias del órgano jurisdiccional internacional.

En esta forma, en materia de violaciones a los derechos humanos, el Estado venezolano se tornó en un Estado irresponsable en el ámbito internacional, al haberse escapado de la justicia internacional.

V. EL ESTADO IRRESPONSABLE, ESCAPADO DE LA JUSTICIA ARBITRAL INTERNACIONAL

Pero la decisión del Estado de escaparse a toda costa de la justicia nacional e internacional, y tornarse en un Estado irresponsable, no sólo se ha referido a la jurisdicción de los tribunales nacionales e internacionales, sino incluso a los tribunales arbitrales internacionales,

²⁵ Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C N° 182.

²⁶ Véase la sentencia N° 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela de 18 de diciembre de 2008, Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. Véase los comentarios sobre estas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

²⁷ Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte Interamericana de 1° de septiembre de 2011, caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>.

²⁸ Véase la sentencia N° 1547 de 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela*, 2011,” en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124.

lo que se ha materializado con la denuncia por el Estado del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, con base en el cual funciona el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que regula los medios de arbitraje internacional para la protección de inversiones.²⁹ Dicho Convenio adoptado en 1964, luego de aprobada por el Congreso en 1994,³⁰ entró en vigencia en Venezuela en 1995. Conforme se indicó en el *Informe* de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial proponiendo el texto de la Convención en 1965, en relación con las diversas formas del consentimiento escrito por parte de los Estados miembros de la Convención para someterse a la jurisdicción del CIADI, además de la cláusula expresa que se pueda establecer en un contrato público o del Estado, como por ejemplo en los contratos de obra pública, o en un tratado o acuerdo bilateral para la protección de inversiones (BIT), precisó que “el Estado contratante en su legislación de promoción de inversiones puede ofrecer someter controversias resultantes de cierta clase de inversiones a la jurisdicción del Centro, en cuyo caso el inversionista puede dar su consentimiento mediante la aceptación por escrito de la oferta del Estado,” lo que en nuestro criterio ocurrió con la ley de Promoción y protección de Inversiones de 1999.³¹

Conforme a las normas del mencionado Convenio del CIADI, varios casos importantes fueron decididos por Tribunales Arbitrales en contra de Venezuela, particularmente con ocasión de la estatización indiscriminada de inversiones sin el pago de la compensación debida, razón por lo cual en enero de 2012 el Gobierno decidió denunciar el Convenio CIADI, lo que comenzó a surtir efectos en julio de 2012, habiéndose así escapado Venezuela de los mecanismos de justicia arbitral internacional. Insólitamente, sin embargo, en el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI³² se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose con ello al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994), del cual quien expone formó parte como Ministro para la Descentralización.

Por ello, al contrario de lo indicado, y con conocimiento de causa, afirmo, que dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez de 1993 designado transitoriamente a los efectos de completar el período constitucional del Presidente Carlos Andrés Pérez, quien había sido sometido juicio con autorización del Congreso, tuvo que adoptar importantes decisiones en muchos campos,³³ como por ejemplo en material de promoción y protección de inversio-

²⁹ Comunicación oficial del Estado enviada al CIADI el 24-1-2012. Véase la información del CIADI en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100>

³⁰ Véase Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en *Gaceta Oficial* N° 4.832 Extra. de 29-12-1994.

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” en Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Ordóñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huamán Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830.

³² Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noticierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

³³ Véase el libro colectivo: Ramón J. Velásquez. *Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana, Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

nes, con la firma del Convenio CIADI, con lo cual estuve de acuerdo en el Gabinete Ejecutivo, la cual obedeció a la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país, abriéndose la vía para la justicia arbitral internacional. Y todo ello, en medio de la esencial misión que tuvo dicho gobierno de transición de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se realizaron en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica que afectó al Estado de partidos de la época, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución.

Con la denuncia del Convenio CIADI, el Estado venezolano, en realidad, lo que ha hecho, conforme a su política definida en los últimos lustros, lo que ha hecho es escaparse también, de la justicia arbitral internacional, ratificando así su carácter de Estado irresponsable a nivel internacional.

CONSTITUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL DEL PODER EN VENEZUELA*

Breves reflexiones sobre el olvido de Locke

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela
y la Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila*

*“Usted parece (...) considerar a los jueces como los últimos árbitros de toda
cuestión constitucional; una doctrina muy peligrosa, de hecho, que puede
colocarnos bajo el despotismo de una oligarquía.
Nuestros jueces son tan honestos como cualquier hombre,
pero no más. Ellos tienen, como todos, las mismas pasiones
por la política, el poder y el privilegio”.*

Thomas Jefferson

*“Dentro de estos límites el poder conferido a los Tribunales de
Justicia de América de declarar a la Ley como inconstitucional,
forma parte de una de las más poderosas barreras que han existido
nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”.*

Alexis de Tocqueville

Resumen: *La independencia venezolana estuvo basada en el concepto de Constitución y control de poder, mostrando una gran influencia del Derecho Británico. El control judicial de los poderes públicos es, por lo anterior, una herramienta para prevenir la tiranía. Actualmente, sin embargo, el control judicial del Poder ha degenerado en el control judicial del ciudadano frente al poder.*

Abstract: *Control judicial del poder, justicia constitucional, justicia administrativa, bases republicanas del Derecho Público.*

Palabras Clave: *Venezuelan Independency was based in the concept of Constitution and control of the government, showing a great influence of the British Law. Judicial control of the Government is a mechanism that aims to prevent tyranny. Currently, however, judicial control of the Government has degenerated in the judicial control of the citizen before the State.*

Key words: *Judicial control of the Government, judicial review, constitutional and administrative justice, republican fundaments of the Public Law.*

* Texto de la conferencia leída en la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* el 22 de abril de 2015, en el foro *La Reconstrucción del Poder Judicial en Venezuela*.

I

El proceso de emancipación venezolano que desde 1810 comenzó a expresar formalmente sus primeras decisiones jurídicas, tuvo como pieza central el concepto de Constitución, mostrando de esa manera un influjo importante de la Revolución de Independencia de Norteamérica y, por ello, del Derecho Británico.

De esa manera, ya en el acta levantada el 19 de abril de 1810 para justificar las razones que llevaron a constituir a la *Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII*, se anuncia que el “*plan de administración y gobierno*” que habría de crearse, debía ser conforme a la “*voluntad general del pueblo*”, todo ello en función del “*derecho natural*” que permite “*ejercer los derechos de la soberanía*”. He aquí, en el lenguaje de Juan Germán Rocío, las palabras claves del nuevo Derecho que entonces comenzó a formarse.

En ese nuevo lenguaje, aparece muy pronto la palabra “Constitución”. Así, en el *Manifiesto sobre la forma de Gobierno*, de 24 de abril de 1810, se reitera la relevancia de la “*voluntad general*” que consolida “*el voto universal*”, necesario para la sanción de una nueva Constitución “*aprobada por la representación nacional legítimamente constituida*”. Fue por ello que, jurídicamente, la *Junta Suprema* se encargó de organizar la elección del *Congreso* llamado a discutir y aprobar la Constitución. Para ese fin fue confeccionado el *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810*, otra expresión de la obra de Juan Germán Rocío. En la *alocución* previa de ese Reglamento, Rocío resumió los fundamentos del nuevo Derecho Público centrado en la defensa de la libertad y la proscripción de toda tiranía, arbitrariedad o despotismo. Uno de esos fundamentos fue la separación de poderes:

“Habitantes de Venezuela: buscad en los anales del género humano las causas de las miserias que han minado interiormente la felicidad de los pueblos y siempre la hallareis en la reunión de todos los poderes”.

Estos principios marcarían el desempeño del *Congreso General de Venezuela* y de la Constitución como pieza jurídica central de todo ese proceso. Esto se tradujo en diversas Constituciones Provinciales (destacamos las Constituciones de Mérida, 31 de julio de 1811 y de Trujillo, de 2 de septiembre de 1811) y principalmente en la Constitución de 21 diciembre de 1811. Más que una gesta militar orientada a la independencia, lo que entonces se intentó fue la independencia como paso necesario para la promulgación de la Constitución. Como dijo Peñalver, en los debates que antecedieron a la decisión de independencia, de 5 de julio de 1811:

“Es innegable que tenemos derecho para ser libres e independientes y que sobre estos principios vamos a formar una Constitución republicana. Los señores Miranda y Yanes han demostrado bien que ésta es incompatible con los reyes”.

La independencia como medio, no como fin. Una idea contraria a la que se proyecta desde la *historia patria y oficial*, que ve en la independencia un fin, preferiblemente, alcanzado por medios militares. Pero en realidad, para los venezolanos de entonces, la independencia implicó un paso previo y necesario para instaurar la República Liberal, basada en la Constitución y por ende, en el control del poder.

II

Esta idea de Constitución fue tomada directamente de la Revolución Norteamericana. Aun cuando pueda parecer una frase simple, se ha sostenido que la Constitución -como acto escrito- es el gran invento de esa Revolución. Una creación, en todo caso, que solo puede entenderse desde la Antigua Constitución Británica y su notable influencia en las Colonias Americanas. Rastrear los trazos generales de esos orígenes históricos parece necesario para encuadrar, mejor, el estudio del concepto de Constitución y control de poder en Venezuela.

Montesquieu llamó la atención sobre lo que él denominó el *gobierno mixto* británico. En efecto, la Monarquía británica, para el siglo XVII, aparece dominada por la idea de soberanía del parlamento, luego de una evolución cuyos grandes trazos arrancan con la *Carta Magna* de 1215; el *Petition of Rights* de 1628, y el *Bill of Rights*, de 1689, derivado de la *Revolución Gloriosa* del año anterior. John Locke resumió entonces los grandes principios de la Constitución británica, caracterizadas por la idea central del control del poder como medio para proteger los derechos naturales constitutivos de la sociedad: vida, libertad y propiedad.

Ya entonces la idea de Constitución estaba formada, y con ella, el principio de control de poder. Pues la llamada Antigua Constitución Británica puede así ser definida: un conjunto de reglas llamadas a proteger la vida, la libertad y la propiedad mediante el control del poder. Esto supuso la conformación del *gobierno mixto*, en el cual incluso se dieron interesantes antecedentes de control judicial de los actos del Parlamento, cuando éstos resultaran contrarios a los principios fundamentales del *common law*. Tal fue la esencia de la célebre decisión del caso *Dr. Bonham*, de la Corte para Peticiones Comunes, de 1610, bajo la ponencia de su presidente, Sir Edward Coke.

La Revolución Gloriosa atenuaría el impacto de este principio, al quedar fortalecida la soberanía del Parlamento y con ello, reducido el control judicial sobre sus actos. Sin embargo, las consecuencias prácticas de esos conceptos se verían algún tiempo después, en las lejanas Colonias Americanas.

III

Para tratar de reponer el tesoro británico, extenuado luego de la llamada *Guerra de los Siete Años*, el Parlamento decidió imponer un impuesto especial en las Colonias: el *Stamp Act*, de 1765. El principio de soberanía del Parlamento, asentado desde 1688, se puso a prueba. Los habitantes de las Colonias no habían votado para elegir a los representantes de ese Parlamento. Luego, era contrario a la Antigua Constitución Británica limitar la propiedad por un órgano que no derivaba su poder de la representación.

Tal fue, en esencia, el argumento legal expuesto entonces, y reiterado en la escalada de actos adoptados desde el Parlamento sobre las Colonias, hasta el episodio conocido como la destrucción del té en Boston, en 1773. La lectura de los escritos y discursos de esa época permite evidenciar cómo, en el fondo, los colonos americanos estaban defendiendo la Constitución británica frente a lo que consideraron eran actos despóticos del poder. Unos principios, insistimos en ello, que estaban muy arraigados: cuando Otis atacó judicialmente una Ley que regulaba a los *Writs of Assistance*, en 1761, invocó el principio conforme al cual el *common law* permite el control de las Leyes, que pueden devenir en nulas. Adams, presente en la audiencia judicial, tomó nota de aquel argumento, que implicaba el reconocimiento del control del poder basado en la idea de la supremacía constitucional.

Esta diferencia constitucional convergió en diversos documentos jurídicos que forjaron el constitucionalismo americano, y por ello, al constitucionalismo como tal. El *Bill of Rights* de Virginia, de 1776, redactado por George Mason, destacaría la esencia de los *derechos naturales* resumidos por Locke, cuya protección justifica el control del poder. Muy poco después fue aprobada la *Declaración de Independencia*, confeccionada por Jefferson, en la cual Locke está igualmente presente. Es suma, se estaba invocando la esencia de la Constitución Británica: todo acto del Poder Público debe quedar limitado conforme al principio de representación y separación de poderes.

Incluso habiendo alcanzado la independencia del Reino Unido, la construcción jurídica de ese modelo republicano estaba incompleto. La forma de Gobierno derivada de los *Artícu-*

los de la Confederación y de la Unión Perpetua (1777) resultaba extremadamente débil e impráctica. Era necesario crear un Gobierno Federal, para lo cual Washington y Madison, principalmente, insistieron en la necesidad de sancionar una Constitución federal. El concepto británico de Constitución, presente en toda la Revolución Americana, había decantado en una variación formal: era necesario reunir tales principios básicos en un documento escrito, sancionado por un órgano especial bajo un procedimiento igualmente especial, que permitiese otorgar a tal documento una protección reforzada. Tal fue el sistema ideado para promulgar, en 1780, la Constitución de Massachusetts, siguiendo la propuesta de Adams.

Partiendo de esas ideas se dictó, en 1787, la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica. Pero el debate no estaba cerrado. Junto a los defensores de la Constitución (los federalistas) otro grupo no menos importante veía con resquemor a esa Constitución (los anti-federalistas), al crear un Gobierno federal con suficiente poder para representar una amenaza a la libertad. El arreglo entre ambas posiciones llevó a enmendar la Constitución con un catálogo de derechos fundamentales, conocidos como *Bill of Rights*, discutidos entre 1789 y 1791. Con ello, se reiteró que el control del poder se basa en el reconocimiento y protección de los derechos inalienables resumidos por Locke.

IV

La esencia de la Constitución americana puede así resumirse: un pacto de libertad basado en el control del poder. Constitución y control de poder son, así, las bases fundamentales del constitucionalismo americano. Un control basado en la separación de poderes y la existencia de pesos y contra pesos que parten del principio según la cual la Constitución es la *Ley suprema*.

Esta concepción de la Constitución como norma superior llevó a Madison a concluir, en el número 78 de *El Federalista*, que la defensa de la Constitución debía recaer sobre el Poder Judicial. Quienes pensaron y redactaron los actos jurídicos fundamentales del constitucionalismo americano conocían bien, como vimos, la idea británica de una norma superior susceptible de control judicial. De allí que el control del poder, como componente básico de la Constitución americana, se afirmó sobre la base del control judicial sobre el Congreso y el Poder Ejecutivo, y por ende, sobre la idea del control judicial como garantía de la Constitución.

Esto permitió a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos controlar judicialmente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. En cuanto al primero, se cita el caso *Little v. Barreme*, de 1801. Más conocido es el segundo tipo de control, con la decisión de 1803, en el caso *Marbury v. Madison*, bajo la ponencia del Presidente de la Corte, John Marshall. En esa decisión Marshall aplicó los principios básicos del constitucionalismo británico. Se ha interpretado, sin embargo, que esa decisión respondió al recelo que Marshall tenía respecto del entonces Presidente Jefferson, quien era su primo. Quizás por ello Jefferson criticaría el principio derivado de esa decisión, al advertir que ella podría degenerar en la concentración de poder en los Tribunales.

V

Estos principios fueron tomados en cuenta al redactar la Constitución de 1811. La interpretación de ese Texto ha quedado en cierta forma relegada, en parte, por el juicio crítico que a su contenido hiciera Bolívar. Una Constitución -se dijo- “tan contraria a sus intereses, como favorable a los de sus contrarios”.

En realidad, la Constitución de 1811 recoge todas las tensiones que los venezolanos de entonces tuvieron que superar, para instaurar las bases jurídicas de una República en medio de una sociedad colonial y por ende, desigual. De allí se ha señalado que el liberalismo fue en cierta forma amoldado, entre nosotros, en una especie de liberalismo criollo.

En cualquier caso, la Constitución estableció las bases de la separación y control del Poder que perviven, en la forma, hasta nuestros días. El ejercicio del poder público -se lee en su preámbulo- “no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones”. Por ello, como explicó Francisco Javier Yanes, la Constitución estableció un sistema representativo y federal. El primer atributo se basa en el principio de separación de poderes a nivel nacional; el segundo atributo se fundamenta en la separación de poderes a nivel vertical. Esta separación -horizontal y vertical- de poderes fue ideada con un propósito: prevenir el abuso de poder. Para el constituyente de 1811, el poder siempre debía generar desconfianza.

Sin embargo, la Constitución de 1811 no estableció, expresamente el control judicial de los Poderes Públicos. Sí se establecieron, en todo caso, diversos controles. Así, se reconoció el control del Senado sobre los funcionarios públicos, incluso, por actos dictados al margen de la Constitución (artículo 52). También el Congreso podía controlar las Leyes de las Provincias contrarias a la Constitución (artículo 71.18). Respecto del Poder Ejecutivo, se estableció su subordinación a la Ley (artículos 100 y 105) así como su sometimiento al control del Congreso (artículo 102).

Para comprender este sistema de controles, debemos recordar -citando a Roscio- que la fundamentación liberal de la Constitución de 1811 se basó en la defensa de la libertad, concebida en todo caso dentro de las virtudes republicanas (Sanz). Por ello, la Ley no podía ocupar el centro del ordenamiento jurídico, pues la Ley podía ser también un acto despótico, cuando no fuese una Ley de libertad, como se infiere del artículo 149 de la Constitución. Hay aquí una especie de inflexión respecto del legiscentrismo propio de la Revolución Francesa. En efecto, el concepto de Ley en la Constitución de 1811 aparece inspirado en la Revolución Francesa y su concepto de “Reino de la Ley”, es decir, la Ley de libertad. Pero la Ley no era el centro del sistema, en tanto ese lugar lo ocupaba la Constitución. Necesariamente, por ello, la obediencia a la Ley no podía ser una obediencia ciega, en tanto tal obediencia ciega pronto conduciría a la peor tiranía: aquella que se escuda en la Ley.

De allí que, con toda la tradición de la Constitución Británica, la Constitución de 1811 trazó dos controles especiales:

.- El *primer* control es el reconocimiento del derecho de rebelión, que fue -como en Estados Unidos- el fundamento jurídico primero de nuestro modelo republicano. El artículo 191 reconoció el derecho ciudadano a abolir al Gobierno despótico, pero siempre dentro de las formalidades reconocidas en la Constitución.

.- El *segundo* control, precisamente, deriva de esas formalidades, esbozadas en el artículo 227, que siguió los principios básicos del artículo sexto de la Constitución americana. Allí se reconoce el carácter normativo de la Constitución; se enuncia el principio de la “Ley suprema” y se advierte que las Leyes que se expidan contra el tenor de la Constitución “no tendrán ningún valor”. Esta norma debe valorarse junto al artículo 199, que declaró la nulidad de toda Ley contraria a la declaración de derechos de la Constitución.

Tales artículos han sido interpretados por la doctrina venezolana como la base de la justicia constitucional, incluso, con referencia al reconocimiento del control difuso. Una solución que no es descabellada, si tomamos en cuenta la influencia de la Constitución americana y la opinión, ya citada, de Madison, quien reconoció la figura del control judicial como derivación de los principios de la Constitución Británica y por ende, del control del poder.

VI

Estos principios han informado a la evolución constitucional del Estado venezolano. No es ésta la ocasión para resumir tal evolución, tratada en detalle por la doctrina. Basta con señalar que la Constitución de 1999 reconoce, formalmente, estos principios, al establecer como base el principio de supremacía de la Constitución; de separación de poderes en su doble sentido vertical y horizontal, y el principio de legalidad y de control de los Poderes, en distintos ámbitos, incluyendo el control judicial. En este sentido, la Constitución optó por mantener la estructura tradicional de un Máximo Tribunal en la cúspide del Poder Judicial, confiando el control judicial de los poderes públicos a diversos Tribunales, básicamente, con tres competencias: la electoral, la constitucional y la contencioso-administrativa.

Se trata de un sistema que amplía, notablemente, los cauces de control judicial del Poder Público. De tal manera, el Poder Público se somete al control judicial (i) en cuanto a su actuación a través de la Administración Pública y la Administración Pública, en un control de legalidad y de constitucionalidad, y (ii) en cuanto a su conformidad con la Constitución, en un sistema que partiendo del *grado formal* de las actuaciones del Poder Público, combina el control difuso con el control concentrado ejercido en exclusiva por la Sala Constitucional.

De esas tres competencias, es la competencia constitucional, llamada justicia constitucional, la que ha planteado mayores distorsiones en la práctica. El origen de esas distorsiones, en parte, lo encontramos en un problema de indebida interpretación del diseño institucional. La ilegítima exposición de motivos de esa Constitución, respaldada por la opinión de algún sector de la doctrina, quiso ver en la Sala Constitucional una suerte de Tribunal Constitucional con competencia exclusiva para “garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales”.

Otro sector de la doctrina, acertadamente, criticó tempranamente esa interpretación, señalando que de acuerdo con el artículo 335 constitucional, es al Tribunal Supremo de Justicia -y no a la Sala Constitucional- a quien le correspondía esa función de garante e intérprete último de la Constitución, siendo que el control judicial de la Constitución no puede entenderse como un monopolio de la Sala Constitucional. Una advertencia que fue ignorada, desarrollándose en la práctica un sistema de control judicial que, en la realidad, es la negación de nuestra fundamentación república.

VII

La estructura de control del poder cumple una especial función en relación con la Administración Pública. Es el Poder Ejecutivo la rama del Poder Público que entraba relaciones más estrechas con los ciudadanos, y que supone, por lo anterior, un grado mayor de riesgo. Por ello, para prevenir la arbitrariedad del Poder Ejecutivo es necesario establecer un sistema efectivo de controles, incluyendo el control judicial.

La Revolución Francesa moldeó un tipo especial de control, que se ha difundido en Europa y en general, en Latinoamérica: el control por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa. La particular interpretación que esa Revolución dio a la separación de poderes -en lo que acertadamente se ha denominado la “disidencia revolucionaria”- llevó a la creación de un control dentro de la propia sede del Poder Ejecutivo. El Consejo de Estado francés, sin embargo, logró evolucionar no solo hasta adquirir la autonomía institucional necesaria para asegurar la efectividad del control, sino además, para salvaguardar el derecho humano a la tutela judicial efectiva.

Este mecanismo, puesto en práctica por el Derecho administrativo francés, aparece inspirado en el principio británico del control judicial sobre los Poderes Públicos, incluyendo el

control judicial sobre la Administración Pública. Un control necesario, como se dijo, para prevenir el abuso de poder y la arbitrariedad. También, necesario para propender a la existencia de una buena administración.

En efecto, una Administración sujeta a un estricto control judicial es una Administración que debe propender más hacia una *buena Administración*. Es decir, una Administración que además de cumplir la Ley dicta decisiones de calidad, conforme a la gobernanza democrática. Por ello, el control judicial es un instrumento que coadyuva a prevenir la *mala administración*, de acuerdo al concepto del artículo 3 Declaración de Virginia, que fue incorporado al artículo 191 de la Constitución de 1811.

VIII

Hoy día se aprecia la deformación del control judicial del Poder Público en Venezuela. Ello es consecuencia de cuatro causas que convendría resumir.

.- En *primer* lugar, encontramos la deformación de la Sala Constitucional, que encuentra su primera manifestación en la exposición de motivos, ilegítima por demás, de la Constitución de 1999. Esa desviada interpretación se asumió desde la primera sentencia de la Sala Constitucional, de 20 de enero de 2000. Desde esa fecha, y parafraseando a Luis Castro Leiva, hemos aprendido a cultivar el olvido. Es decir, se ha olvidado -o se ha querido olvidar- a la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público. En pocas palabras: el olvido de Locke.

Pues la Sala Constitucional, sobre la falaz premisa según la cual es el último y máximo intérprete de la Constitución, se ha erigido, de facto, en un Poder que concentra diversas funciones y se ubica no solo por encima del propio Tribunal, sino incluso, por encima de todos los Poderes Públicos. La doctrina especializada ha analizado con detenimiento estas desviaciones, especialmente, al estudiar la llamada jurisdicción normativa de la Sala. Así, la Sala Constitucional, ignorando la Constitución y las Leyes que han regido su actuación, ha usurpado competencias para revisar sentencias del Tribunal Supremo de Justicia; se ha avocado, incluso de oficio, a cualquier causa judicial, incluyendo de las Salas del propio Tribunal; ha interpretado la Constitución, para reescribirla y ha dictado sentencias normativas que pretenden tener carácter de Ley. En una de sus últimas decisiones, ha usurpado el carácter del Ministerio Público, concentrando el carácter de acusador y juez, para condenar, sin juicio y sin delito, a alcaldes, acordando además su destitución.

.- La *segunda* causa es la desfiguración del rol del Juez frente al Poder Público. Aquí también se ha cultivado el olvido de Locke. En nuestra fundamentación republicana, el Juez controla el Poder para prevenir su abuso, es decir, la arbitrariedad, muy especialmente, de la Administración Pública. Pero en la práctica, el Juez no controla a la Administración Pública. Las estadísticas de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y electoral demuestran un claro sesgo a favor de la Administración en sus sentencias. Además, la Sala Político-Administrativa ha asumido la tesis conforme a la cual, al declarar sin lugar la demanda de nulidad, puede ordenar a la Administración a modificar el acto administrativo impugnado pero para agravar la situación del ciudadano accionante. El Juez, aquí, protege al Poder frente al ciudadano.

.- La *tercera* causa es la ausencia de garantías institucionales que garanticen la independencia y autonomía del Poder Judicial. La transitoriedad de ese Poder ha derivado en la práctica ausencia de Jueces de carrera, y por ello, en Jueces sin estabilidad. Y como es sabido, sin esas garantías, todo Poder Judicial termina siendo herramienta del Gobierno.

.- La *cuarta* causa de la deformación del control judicial radica en el origen de esa deformación. No se trata solo de criterios errados que, con un inadecuado marco institucional, han propendido a reducir ese control. Esa reducción es, además, una consecuencia deseada y procurada, en la construcción del llamado Estado Comunal, que es la negación del Estado constitucional. Ese Estado Comunal abdica del sistema republicano y del principio de representación, pues sobre la base de una supuesta democracia directa deriva en realidad en la concentración de poderes y en la aniquilación de la libertad general del ciudadano, al reducir los controles sobre el Gobierno. El Poder Judicial, en este contexto, garantiza y protege al Estado Comunal, que es la negación de la libertad.

Tal es el olvido de Locke. El control judicial del Poder en Venezuela ha degenerado en el control judicial del ciudadano frente al Poder.

IX

Los principios de la Constitución Británica encontraron una nueva expresión a resultas de la globalización y la llamada mundialización de los derechos humanos. Después de su reconocimiento expreso en la Constitución, con el antecedente norteamericano, la defensa de esos derechos llevó, luego de la Segunda Guerra Mundial, a insistir en su necesaria tutela judicial. En tanto los derechos humanos constituyen la esencia del Estado, de acuerdo con Locke, es necesario crear un control judicial externo al propio Estado. De allí la idea de crear no solo un sistema universal de derechos humanos, sino tanto más importante, la idea de crear Tribunales Internacionales de defensa de los derechos humanos.

Esta tendencia, recientemente, ha tenido otra manifestación en el arbitraje internacional de inversiones. Inicialmente tal arbitraje fue interpretado de acuerdo con los cánones del comercio internacional, como una especie de sistema arbitral privado. Hoy día diversos autores, acertadamente, han señalado que el arbitraje internacional de inversiones forma parte del sistema de controles externos sobre el Estado y especialmente sobre su Administración Pública. Con lo cual, el arbitraje internacional de inversiones promueve y protege el Estado de Derecho y la gobernanza democrática.

Por lo anterior, la justicia internacional, como consecuencia de la globalización, ha derivado en la creación de nuevos controles sobre los Poderes Públicos. No es de extrañar entonces que la Sala Constitucional -siguiendo en todo caso un criterio defendido en otros sistemas- haya optado por reivindicar el dogma de la soberanía nacional, negando todo control internacional en asuntos internos. Con base en los criterios así establecidos, el Gobierno denunció el Convenio CIADI y, en contra de la propia Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La negación de la justicia internacional es, también, otra muestra del olvido de Locke. La negación de esa justicia coloca al ciudadano sin otros medios de defensa que los que ofrece el sistema interno, cuya efectividad, como hemos visto ya, es prácticamente nula.

X

Para superar la actual coyuntura, no solo son necesarias reformas institucionales. Algo más importante que ello: es necesario un cambio en el pensamiento jurídico, reivindicando los principios republicanos de nuestro Derecho Público. Citando de nuevo a Luis Castro Leiva, los venezolanos debemos pensar "*lo que es llegar a ser una república y en el proceso construir en ella una democracia*". En esa tarea, la reconstrucción conceptual del Poder Judicial es una tarea más que necesaria.

Esa reconstrucción pasa por reivindicar la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, que parte de la desconfianza hacia el Poder y en especial frente al Gobierno. Esta desconfianza lleva a configurar al Gobierno como un poder controlado y por ende, limitado, en especial, por el control del Poder Judicial. Solo un riguroso control cumple con el propósito de prevenir el despotismo, pues como señaló Madison, los ángeles no dirigen al Gobierno.

Estos principios deben llevar a insistir en que es necesario el control judicial sobre los Poderes Públicos para asegurar efectivamente la libertad, todo lo cual pasa por reconocer controles internos pero también controles internacionales. Controles que deben partir, con Locke, de la centralidad del ciudadano y de sus derechos humanos. Todo lo contrario de nuestro Derecho, que aparece centrado en el Poder y no en el ciudadano, no solo en el Derecho Constitucional y Administrativo, sino incluso en el Derecho Penal, como lo evidencia la recepción de figuras cónsonas con la tesis del “Derecho Penal del enemigo”.

No es ocasión de adentrarnos en las reformas institucionales necesarias para que este cambio de pensamiento sea efectivo. Tan solo quiero referirme en aspectos generales a dos reformas, por considerarlas quizás las más relevantes.

.- La *primera* propuesta es superar el brumoso estado de transitoriedad en el cual se encuentra el Poder Judicial, en tanto ello no garantiza el acceso por concurso judicial ni la estabilidad del Juez, y conduce, indefectiblemente, a la politización del Poder Judicial. Sin perjuicio de detalles que puedan ser valorados, aquí la causa del problema no es la Constitución, sino el olvido -deliberado- de los principios que postulan la autonomía e independencia del Poder Judicial, con una indebida extensión de la “transitoriedad” de ese Poder, originada desde el irregular proceso constituyente que culminó con el Texto de 1999.

.- El *segundo* aspecto tiene que ver, ahora sí, con el diseño institucional de la justicia constitucional. Estamos conscientes de que la desnaturalización de esa justicia ha sido consecuencia de la usurpación de funciones por la Sala Constitucional, y no tanto del sistema de justicia constitucional diseñado en el Texto de 1999. Pero debemos también reconocer que la causa primera de esa desviación fue la creación de un órgano judicial con competencia exclusiva para el control concentrado de la constitucionalidad.

La existencia de un control concentrado de la constitucionalidad implica una inflexión, en nuestra opinión, al principio de separación de poderes, pues en parte -ya lo señaló Kelsen- el Tribunal encargado de ese control ejerce, o participa, en la función legislativa. Se trata de un poder concentrado que es, por definición, un riesgo a la libertad. Pues en suma, no serán ángeles quienes ejercerán ese control. Y mientras más concentrado sea ese poder, más riesgos existirán para la libertad.

Frente a ello, el control difuso tiene una ventaja: fragmenta el control judicial de la constitucionalidad en diversos tribunales. Incluso aquí podría objetarse, como hizo Jefferson, que los Tribunales asumirían el control último de la Constitución, lo cual es ciertamente un riesgo. Pero se trata de un riesgo necesario, pues la supremacía de la Constitución de nada serviría si no existiese un control judicial, como observó muy bien Tocqueville, al contrastar, para el caso de Estados Unidos, el control difuso frente a un eventual sistema concentrado.

Con lo cual, y como reflexión final, cabe indagar, conforme a nuestra realidad, cuál sistema de justicia constitucional resulta más idóneo. No hay duda de que, en el plano teórico, el sistema actual de control difuso y concentrado protege efectivamente la Constitución y la defensa de derechos humanos, pero con un costo importante: crear un control concentrado que otorga un poder que, en sí mismo, es una tentación para su ejercicio despótico.

Un riesgo que hace casi dos siglos observó Francisco Javier Yáñez: “el espíritu del hombre es tan naturalmente sospechoso que apenas un ciudadano se eleva sobre sus compatriotas, cuando se le supone el deseo de hacerse absoluto”.

Referencias bibliográficas básicas.

1.- Sobre los fundamentos constitucionales de la emancipación venezolana, puede verse a Brewer-Carías, Allan, *Los inicios del proceso constituyente hispano y americano*. Caracas 1811-Cádiz 1812, Bid & Co. Editor, Caracas, 2011, pp. 78 y ss., así como a Garrido Rovira, Juan, *El Congreso Constituyente de Venezuela*, Universidad Monteávila, Caracas, 2010, pp. 56 y ss.

Con anterioridad he analizado algunos aspectos de los fundamentos republicanos de nuestro constitucionalismo en Hernández G., José Ignacio, “El 19 de abril de 1810 y la creación de un nuevo derecho público para la libertad”, en *La crisis del mundo hispánico y sus implicaciones*, Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, Caracas, 2011, pp. 97 y ss., y “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 67 y ss.

2.- Sobre los fundamentos del constitucionalismo británico, puede verse a Schwartz, Bernard, *The roots of freedom. A constitutional history of England*, Hill & Wang, New York, 1967, pp. 1 y ss. En cuanto a los fundamentos del control judicial de acuerdo con la Constitución Británica, vid. Plucknett, Theodore F. T., “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, Vol. 40, N° 1, 1926, pp. 30 y ss.

En relación con el pensamiento constitucional de Locke, vid. Schwoerer, Lois G., “Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 51, N° 4, 1990, pp. 531 y ss.

3.- La visión de acuerdo con la cual la independencia de Estados Unidos comenzó con una diferencia constitucional, puede ser vista, recientemente, en Greene, Jack, *The constitutional origins of the American Revolution*, Cambridge, New York, 2011, pp. 67 y ss. Para el estudio de los debates durante esa independencia, vid. Bailyn, Bernard, *The ideological origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 1992, pp. 94 y ss.

Respecto del proceso de creación de la Constitución norteamericana, vid. Berkin, Carol, *A brilliant solution. Inventing the American Constitution*, Mariner Books, Boston, 2003, pp. 11 y ss.

4.- En cuanto a los fundamentos del control judicial de los Poderes Públicos en Estados Unidos de Norteamérica, vid. Hamilton, Alexander, et al, *The federalist*, The modern library, New York, 2011, pp. 495 y ss.

Sobre los fundamentos, antecedentes y consecuencias del caso *Marbury v. Madison*, vid. Engdahl, David E., “John Marshall’s “Jeffersonian” concept of Judicial Review”, *Duke Law Journal* N° 49, 1992, pp. 272 y ss.

5.- Tomás Polanco analizó los mecanismos de control del poder en la Constitución de 1811, en *Las formas jurídicas en la Independencia*, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, pp. 63 y ss. Puede verse también a Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, pp. 83 y ss.

En este sentido, Carlos Ayala Corao ha concluido que la Constitución de 1811 reconoció el control judicial de las Leyes inconstitucionales. *Cfr.*: “La justicia constitucional en Venezuela”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* N° 1, Madrid, 1997, pp. 379 y ss.

6.- Para la evolución del control judicial de los Poderes Públicos en Venezuela, entre otros, véase a Pérez Guevara, Martín, “Bases normativas del control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 15 y ss.

En cuanto al modelo de justicia constitucional en el Texto de 1999, y a favor de la existencia de una suerte de “Tribunal Constitucional”, *vid.* Haro, José Vicente, “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en *El nuevo Derecho constitucional venezolano*, UCAB, Caracas, 2002, pp. 501 y ss. Frente a esa posición, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 7 y ss. Puede verse también a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 79 y ss.

7.- Sobre los fundamentos constitucionales de la justicia administrativa, *vid.* García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss. Con mayor detalle, *vid.* *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 y ss.

En Venezuela, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Thomson-Civitas, Madrid, 2013, pp. 833 y ss., así como Urosa Maggi, Daniela, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 114 y ss.

8.- Un detenido estudio de la deformación de la justicia constitucional puede ser vista en Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 515 y ss.

En especial, sobre la patológica “jurisdicción normativa”, puede verse la obra colectiva coordinada por Brewer-Carías *Constitutional Courts as positive legislators. A comparative law study*, Cambridge, 2011. El libro recoge las ponencias del Congreso Internacional de Derecho Comparado. En especial, puede verse el estudio introductorio de Brewer-Carías (pp. 1 y ss.), así como la ponencia de Venezuela, a cargo de Daniela Urosa (“*Constitutional Courts as Positive Legislators: the Venezuelan Experience*”, pp. 843 y ss.). Una versión más amplia puede verse en *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 100 y ss.

Para un estudio sobre las estadísticas y desempeño del Poder Judicial en Venezuela, *vid.* Canova González, Antonio, *et al*, *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Muy en especial, véanse los trabajos de Chavero, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011, pp. 103 y ss. y Louza, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, Funeda, Caracas, 2011, pp. 28 y ss.

9.- Sobre la justicia internacional en materia de derechos humanos, vid. Ayala Corao, Carlos, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 93 y ss. Del autor, puede verse también *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 199 y ss. Allí se analiza la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención (pp. 252).

Sobre el arbitraje internacional de inversiones, vid. Thomas W. Wälde, “The Specific Nature of Investment Arbitration”, en *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y ss. Antes hemos defendido que tal arbitraje debe valorarse en el marco del Derecho administrativo global. Vid. Hernández G., José Ignacio, “El arbitraje internacional de inversiones, la intervención administrativa en la economía y el Derecho administrativo global”, *XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho administrativo y proceso*, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Caracas, 2014, pp. 497 y ss.

10.- Kelsen estudió comparativamente el control concentrado y el control difuso en “Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics Vol. 4*, N° 2, 1942, pp. 183-200.

Las dudas de Jefferson pueden ser vistas en *The writings of Thomas Jefferson, Volume VII, Book 2*, Derby & Jackson, New York, 1859, p. 178. El comentario de Tocqueville se toma de *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 106 y ss.

Es fundamental, para todo lo anterior, la referencia a García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 39 y ss. Puede verse también a Duque Corredor, Román, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legis, Caracas, 2008, pp. 123 y ss., así como a Tarre Briceño, Gustavo, *Solo el poder detiene al poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 340 y ss.

Las referencias a Roscio y a Yanes se toman, respectivamente, de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996 y *Manual Político del Venezolano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959. Un estudio del pensamiento de estos autores puede verse en Hernández G., José Ignacio, “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en Brewer-Carías, Allan, *Documentos constitucionales de la Independencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 1 y ss.

Las citas a Castro Leiva se toman de su discurso del 23 de enero de 1998, que puede ser visto en *Para leer a Luis Castro Leiva*, UCAB, 2006, pp. 111 y ss.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2015

Recopilación y selección
por Flavia Pesci Feltri
Abogada

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ciudadano: Defensoría del Pueblo. B. Poder Electoral. C. Tribunal Supremo de Justicia.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Funcionario*. A. Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. 2. *Sistema de Bienes Públicos*.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones exteriores*. A. Leyes Aprobatorias. B. Acuerdos. 2. *Régimen de Seguridad y Defensa*. 3. *Régimen del Porte de Armas*.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen impositivo*. 2. *Régimen Cambiario*. 3. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Tasas de Interés. 4. *Régimen de la Industria*. A. Seguridad y Soberanía Alimentaria.

V. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*. A. Educación Media. B. Educación Universitaria. 2. *Régimen laboral*. 3. *Régimen de Salud*. 4. *Régimen de la Cultura*.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Transporte y Tránsito*. A. Sistema de Transporte Acuático y Aéreo. B. Sistema de Transporte Terrestre. 2. *Régimen de Petrolero y Minero*.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ciudadano: Defensoría del Pueblo*

Resolución N° DdP-2015-123 de la Defensoría del Pueblo, mediante la cual se establecen las Líneas Generales de Acción Defensorial. *G.O.* N° 40.679 del 10-6-2015.

B. *Poder Electoral: Registro Civil*

Resolución N° 150507-106 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se Regula el Nombramiento de Registradoras y Registradores Civiles de las Oficinas Municipales de Registro Civil, y de las Unidades de Registro Civil de los Establecimientos de Salud durante el periodo de Transición del Servicio Público de Registro Civil. *G.O.* N° 40.691 del 29-6-2015.

C. *Tribunal Supremo de Justicia*

Resolución N° 2014-0040 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se establece el Régimen Procesal Transitorio con Ocasión a la Inclusión de los Delitos de Femicidio, Femicidio Agravado e Inducción o Ayuda al Suicidio, en la Reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *G.O.* N° 40.639 del 14-4-2015.

2. *Régimen del Poder Municipal*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, *G.O.* N° 6.184 del 3-06-2015.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema funcionarial*

A. *Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal*

Decreto N° 1.738 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Sistema de Remuneraciones de las Funcionarias y Funcionarios de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 40.660 del 14-5-2015.

Decreto N° 1.739 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Ajuste al Sistema de Remuneraciones de las Obreras y Obreros de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 40.660 del 14-5-2015.

2. *Sistema de Bienes Públicos*

Providencia N° 017 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se fijan las tarifas en Unidades Tributarias (U.T.), que esta Superintendencia cobrará por horas académicas, a los Órganos y Entes del Sector Público, así como a las personas naturales y jurídicas en ocasión a la prestación de sus servicios en materia de capacitación. *G.O.* N° 40.665 del 21-5-2015.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones exteriores*

A. *Leyes Aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Líbano, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 40.648 del 27-4-2015.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Técnico Militar en Ciencia, Tecnología, Producción e Innovación para la Defensa Nacional entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 40.648 del 27-5-2015.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Específico para la Ejecución de la Misión Milagro entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Antigua y Barbuda, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 40.669 del 27-5-2015.

Ley Aprobatoria del Protocolo sobre Introducción de las Modificaciones en el Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la Federación de Rusia, sobre Cooperación para el Desarrollo de Proyectos Estratégicos Conjuntos del 10 de septiembre de 2009, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.186 del 9-6-2015.

Ley Aprobatoria de las Enmiendas a los Anexos A, B y C del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.186 del 9-6-2015.

Ley Aprobatoria del Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia de la Asamblea Nacional, hecho en La Haya, Reino de los Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.186 del 9-6-2015.

Ley Aprobatoria del «Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam en materia Comercial», emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.187 del 10-6-2015.

Ley Aprobatoria del Tratado Constitutivo del Centro Regulador de Medicamentos de Usos Humanos del ALBA-TCP (ALBAMED), emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.187 del 10-6-2015.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la creación e implementación de un Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias para el Reconocimiento Regional de la Calidad Académica de las Respectivas Titulaciones en el MERCOSUR y Estados Asociados, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 6.187 del 10-6-2015.

Ley Aprobatoria del Convenio Internacional del Cacao 2010, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 40.680 del 11-6-2015.

Ley Aprobatoria del Quinto Protocolo de Enmienda al Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto Chino-Venezuela, emanada de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 40.692 del 30-6-2015.

B. *Acuerdos*

Acuerdo de la Asamblea Nacional con motivo de celebrarse el 5 de junio el Día Mundial del Ambiente. *G.O.* N° 40.673 del 2-6-2015.

Acuerdo de la Asamblea Nacional con motivo de celebrarse la Semana de la Protección al Parto Humanizado. *G.O.* N° 40.673 del 2-6-2015.

2. *Régimen de Seguridad y Defensa*

Resolución N° 088 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se otorga la Habilitación del Cuerpo de Policía Instituto Autónomo de Policía del municipio Libertador del estado Carabobo, para prestar el servicio de policía en su espacio territorial y ámbito de competencia. *G.O.* N° 40.663 del 19-5-2015.

3. *Régimen del Porte de Armas*

Resolución Conjunta N° 068 y 009523 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para la Defensa, mediante la cual se establece que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a través de la Dirección General de Armas y Explosivos (DAEX), otorgará una prórroga en el proceso de actualización de porte de armas de fuego, dirigido a todos aquellos ciudadanos que posean permiso de porte de arma de fuego vigente o vencido, proceso que se efectuará desde el día 13 de abril de 2015 hasta el 28 de marzo de 2016, en los términos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 40.638 del 13-4-2015.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen impositivo*

Providencia N° SNAT/2015/0018 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se designa como Agente de Percepción del Impuesto al Valor Agregado a los Fabricantes, Productores Artesanales e Importadores de bebidas Alcohólicas. *G.O.* N° 40.656 del 8-5-2015.

2. *Régimen Cambiario*

Decreto N° 1.710 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2015, el plazo para culminar el proceso de supresión de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), y se nombra la nueva Junta Supresora integrada por los ciudadanos y ciudadanas que en él se mencionan. *G.O.* N° 40.638 del 13-4-2015.

3. *Régimen de las Instituciones Financieras*

A. *Tasas de Interés*

Providencias N° SNAT/2015/0030 y SNAT/2015/00031 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante las cuales se establecen las Tasas Aplicables para el Cálculo de los Intereses Moratorios correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2015. (Correspondientes al mes de Febrero de 2015, es de 21,23%; al mes de Marzo de 2015, es de 21,39%). *G.O.* N° 40.658 del 12-5-2015.

Aviso Oficial del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante el cual se informa al público en general las tasas de interés aplicables a las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, para operaciones con tarjetas de crédito y operaciones crediticias destinadas al sector turismo. *G.O.* N° 40.659 del 13-5-2015.

4. *Régimen de la Industria*

A. *Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*

Providencia N° 004/2015 de la Presidencia de la República, mediante la cual se dicta las Normas para el Registro en el Sistema Integral de Control Agroalimentario (SICA), como plataforma tecnológica instrumentada por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (SUNAGRO). *G.O.* N° 40.634 del 1-4-2015.

Providencia N° 006/2015 de la Presidencia de la República, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a Actividades Relacionadas con Productos Agroalimentarios. *G.O.* N° 40.634 del 7-4-2015.

Providencia N° SNAT/2015/0017 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual se establece las Formalidades para el marcaje del Precio de Venta al Público en las etiquetas o impresiones de los envases. *G.O.* N° 40.656 del 8-5-2015.

5. *Régimen de la industria petrolera y minera*

Resolución Conjunta N° 090 y N° 15-06-01 de los Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, mediante la cual se establece que a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, las personas, sociedades o formas de asociación que desarrollen actividades de exploración y explotación de oro en áreas destinadas a las actividades mineras en el territorio nacional, deberán vender al Banco Central de Venezuela, todo el material aurífero obtenido con ocasión de dicha actividad, con sus aleaciones metálicas de carácter no contaminante y en cualquiera de sus presentaciones, a través de los Centros que establezca al efecto ese Instituto. *G.O.* N° 40.692 del 30-6-2015.

V. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*

A. *Educación Media*

Resolución N° DM/052 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se identifica con los Epónimos que en ella se indican, las promociones que egresen de las instituciones y Centros Educativos Oficiales dependiente del Ejecutivo Nacional, Estatal, Municipal y las instituciones Educativas Privadas que en ella se mencionan. (2015: Año Bicentenario de la Carta de Jamaica, 2015: 220 del grito Libertario de José Leonardo Chirino y 2015: 100 años del Nacimiento de César Rengifo; Educación media general y educación media técnica en las menciones o especialidades respectivas para el período escolar 2014-2015). *G.O.* N° 40.692 del 30-6-2015.

B. *Educación Universitaria*

Acuerdo N° 113 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante el cual se dicta las Normas sobre Perfeccionamiento del Sistema de Ingreso a la Educación Universitaria. *G.O.* N° 40.660 del 14-5-2015.

Acuerdo N° 028 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante el cual se renueva la acreditación del Programa de Postgrado: Maestría en Administración, mención: Finanzas, impartido por la Universidad de los Andes. *G.O.* N° 40.667 del 25-5-2015.

Acuerdos N° 029 y 030 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante los cuales se emite opinión favorable para la aprobación del Estudio de Factibilidad del Proyecto de Creación de la carrera de Licenciatura en Educación, en las menciones que en ellos se especifican, de las Universidades que en ellos se mencionan. (Biología y Química de la Universidad de los Andes; Docencia en Matemática de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez, núcleo Maracay). *G.O.* N° 40.667 del 25-5-2015.

Acuerdos N° 018, 019, 020, 021, 022, 024, 025, 026 y 027 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante los cuales se autoriza a las Universidades que en ellos se señalan, la creación y el funcionamiento de los Programas de Postgrado que en ellos se indican, conducentes a los Títulos Académicos que en ellos se establecen. (Universidad Militar Bolivariana de Venezuela, Especialización en Gestión Aeroportuaria, Especialista en Gestión Aeroportuaria; Especialización en Geografía Militar, Especialista en Geografía Militar, entre otros). *G.O.* N° 40.667 del 25-5-2015.

Providencia N° 016 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se autoriza a la Universidad de Oriente, la creación y el funcionamiento del Programa de Postgrado Especialización en Neurocirugía. *G.O.* N° 40.647 del 24-4-2015.

2. *Régimen laboral*

Decreto N° 1.737 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija un aumento del salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, del veinte por ciento (20%) a partir del 1° de mayo de 2015 y diez por ciento (10%) a partir del 1° de julio de 2015. *G.O.* N° 6.181 del 8-5-2015.

Resolución N° 9.108 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se regula el Registro Nacional de Entidades de Trabajo (RNET), en los términos que en ella se indican. (Constará de Varios Términos entre ellos: Registro, Requisitos, Validación, Actualización de Registro, Declaración Trimestral, Solvencia Laboral, Estatus Solvente, entre otros). *G.O.* N° 40.655 del 7-5-2015.

3. *Régimen de la Salud*

Resolución N° 140 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece las Normas para Regular el Proceso para la Legalización y Vigilancia del Libre Ejercicio de los Profesionales de la Salud a través del Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria. *G.O.* N° 40.647 del 24-4-2015.

4. *Régimen de la Cultura*

Providencia N° 001/15 del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Junta Reestructuradora de esta Fundación Teatro Teresa Carreño. *G.O.* N° 40.667 del 25-5-2015.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Transporte y Tránsito*

A. *Sistema de Transporte Acuático y Aéreo*

Decreto N° 1.787 de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se crean y activan las Zonas Operativas de Defensa Integral Marítima e Insular (ZODIMAIN), bajo la circunscripción de la Región Estratégica de Defensa Integral Marítima e insular (REDIMAIN), que en él se mencionan. (Zodimain Atlántica, Zodimain Oriental, Zodimain Central y Zodimain Occidental). *G.O.* N° 40.669 del 27-5-2015.

Resoluciones N° 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222 y 223 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones que en ellas se especifican, en los términos que en ellas se indican. (Resolución GMC N° 08/03. Procedimientos de Vigilancia Epidemiológica y Sanitaria en Medios de Transporte y Áreas de Puertos, Aeropuertos, Terminales y Puntos de Frontera en el MERCOSUR, con relación al Síndrome Respiratorio Agudo Grave; Resolución GMC N° 09/08. Procedimientos Mínimos de Inspección Sanitaria en Embarcaciones que Navegan por los Estados Partes del MERCOSUR, entre otras). *G.O.* N° 40.673 del 2-6-2015.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-022-15 de la Junta Interventora del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, mediante la cual se establece la Regulación Aeronáutica Venezolana 47 (RAV 47), Registro Aeronáutico Nacional. *G.O.* N° 40.654 del 6-5-2015.

B. *Sistema de Transporte Terrestre*

Resolución Conjunta N° DM/011, DM/041 y DM/049 de los Ministerios del Poder Popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, para Hábitat y Vivienda y de Petróleo y Minería, mediante la cual se establecen las tarifas o fletes a ser cobrados por la prestación del servicio de transporte terrestre de carga de materiales, insumos y materia prima requerida para la ejecución de actividades de construcción en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 40.659 del 13-5-2015.

Comentarios Legislativos

¿PROTECCIÓN AL SECTOR AGRÍCOLA O VIOLACIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS?: ANÁLISIS DE LOS DECRETOS CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE ATENCIÓN AL SECTOR AGRÍCOLA (Y AGRARIO)

Andrea I. Rondón García

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

Luis Alfonso Herrera Orellana

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

“Para nosotros, sólo hay en realidad dos clases de gobierno: aquéllos que se ejercen en virtud de leyes regularmente establecidas, i aquéllos que se ejercen por la voluntad caprichosa de los hombres, aunque sea bajo la forma de leyes o aparentando tenerlas. Los primeros gobiernos garantizan todos los derechos establecidos, no imponen sino deberes establecidos también; i por consiguiente, producen el orden en la sociedad, la estabilidad en las instituciones i la felicidad de los ciudadanos. Los segundos producen, con la inseguridad i la desconfianza, el desorden social, no fundan nada estable para las naciones, i hacen infelices a los pueblos. Al primer sistema de gobierno lo llamamos legalista; al segundo, personalista (...) La legislación natural, única que consideramos aquí, i que forma el sistema legalista, es aquélla que satisface estas dos grandes necesidades de las sociedades bien constituidas la libertad individual y la seguridad de las propiedades” (MUÑOZ TÉBAR, Jesús, Personalismo y Legalismo, 2da edición, Caracas, Fundación Sánchez, 1984, p. 46).

Resumen: *Luego de establecer unas premisas teóricas básicas, se analiza en forma resumida el contenido del Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola de 2011 y del Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario de 2012, para luego examinar si sus disposiciones violan libertades constitucionales como la autonomía de la voluntad, la libertad económica y la propiedad privada, y si, por tanto, se suma a las medidas dictadas por el Gobierno Nacional en contra del Estado de Derecho en Venezuela.*

Abstract: *After establishing some basic theoretical premises, the contents of the Law-Decree for attending the Agricultural Sector of 2011 and of the Law-Decree for attending the Agricultural Sector of 2012 are briefly analyzed in order to determine whether or not their provisions contravene any constitutionally protected freedoms such as contractual and economic freedom as well as private property and consequently, enlarging the set of measures issued by the Government which are jeopardizing the rule of law in Venezuela.*

Palabras Clave: *Ley, mandatos, Estado de Derecho, autonomía de la voluntad, restructuración, condonación.*

Key words: *Law, precepts, contractual freedom, Rule of Law, restructuring, debt release.*

I. INTRODUCCIÓN

Según la mayoría oficialista que dominaba poco más de las tres quintas partes de la Asamblea Nacional para la fecha, la Ley Habilitante otorgada al Presidente de la República en diciembre de 2010 (*G.O.* N° Extra. 6009, de 17-12-10), la cuarta que se le otorgó desde 1999 a la fecha, se justificaba ante la necesidad de permitir al Gobierno Nacional contar con un marco legislativo flexible y adecuado para atender con prontitud las emergencias derivadas de las fuertes lluvias, derrumbes e inundaciones que se produjeron en los últimos meses de 2010 en diversas partes del territorio nacional.

De los cincuenta y ocho (58) Decretos-Ley que se dictaron con fundamento en la última Ley Habilitante, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrícola (*G.O.* N° 39.603, de 27-01-11, en lo que sigue Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011), cuya vigencia sería apenas de cerca de un año y seis (6) meses (su Disposición Final Única establecía que cesaría su vigencia el 30-06-12), es uno de los pocos que pareció estar directamente vinculado con el propósito antes indicado.

En efecto, la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola afirma que "...el Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela considera necesario atender integralmente a los productores, campesinos y pescadores del sector agrícola, afectados por las contingencias naturales acaecidas durante el último trimestre del año 2010...". Por ello cabía interpretar que este Decreto-Ley contenía medidas que, al margen de lo cuestionables que resultaban en sí mismas, parecían de aplicación temporal, y que su vigencia terminaría una vez superadas las contingencias derivadas de las fuertes lluvias.

Sin embargo, el supuesto carácter provisional de las medidas contenidas en dicho Decreto-Ley cesó si se advierte que reaparecieron en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrícola (*G.O.* N° 39.928, de 23-05-12) que derogó el Decreto-Ley de enero de 2011 y que tendría una corta vigencia hasta el 30 de junio de 2012. Posteriormente, se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrario (*G.O.* N° 39.945, de 15-06-12, en adelante Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012), que derogó, antes de que perdiera vigencia, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrícola de mayo de 2012, y cuya vigencia se "limitó" a un (1) año (hasta el 15 de junio de 2013, según su Disposición Final Segunda). Valga advertir que no se dan en los Decretos-Ley razones técnicas o jurídicas para el cambio del término "agrícola" por el término "agrario".

Dicho lo anterior, y dado el contexto en el que estos Decretos-Ley han sido dictados, a saber, de aplicación de una política sostenida, sistemática, de abolición de los derechos de propiedad sobre los medios de producción en Venezuela¹, el objeto de estos comentarios es, luego de establecer unas premisas teóricas básicas, analizar en forma resumida el contenido de estos instrumentos de rango legal, para determinar si sus disposiciones violan libertades constitucionales como la autonomía de la voluntad, la libertad económica y la propiedad privada, y si, por tanto, se suma a las medidas dictadas por el Gobierno Nacional en contra del Estado de Derecho.

¹ Ver International Property Rights Index 2010 Report, *section "Private Property Abolition in Venezuela"*, en el link: http://issuu.com/cedice/docs/2010_ipri

II. MARCO CONCEPTUAL DEL ANÁLISIS

Para determinar si el derogado Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011 y el vigente Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012 violentan o no la autonomía de la voluntad, la libertad económica y la propiedad privada, así como la vigencia del Estado de Derecho en Venezuela, es necesario partir de una serie de premisas conceptuales básicas, que hallan plena acogida en la Constitución de 1999, respecto de esos principios y derechos constitucionales que podrían irrespetar aquéllos Decretos-Ley.

En primer lugar, resulta necesario distinguir entre ley y mandato, como nociones diferentes a legislación. Según el pensamiento liberal clásico, del que surgieron tanto el Estado de Derecho como el constitucionalismo, ley es toda norma de conducta general, abstracta y aplicable a todos por igual, desprovista de fines concretos, orientada a preservar un ámbito de acción individual autónoma (de ejercicio de derechos) y a establecer limitaciones proporcionales que eviten abusos al ejercer esa acción individual. Mientras que mandato es toda norma dirigida a organizar el Estado, a atribuir competencias a los órganos y entes estatales, a regular la función pública y el uso de bienes de propiedad estatal, por lo que contienen fines concretos no disponibles por su destinatario². Legislación, en cambio, es todo instrumento de rango legal, en el que pueden contenerse leyes o mandatos.

En segundo lugar, es fundamental recordar qué implica la idea de Estado de Derecho. Lejos de la caricatura que de él han hecho por un lado los positivistas formalistas y por otro los juristas colectivistas, aquél supone la existencia de una efectiva división del Poder Público, el funcionamiento de tribunales imparciales y la sujeción del Gobierno a reglas previas, ciertas y generales, que definan sus atribuciones, impidan la arbitrariedad y permitan la libre acción de los particulares (ejercicio de derechos) dentro de límites que eviten abusos en perjuicios de los derechos de los demás³.

Así, Estado de Derecho existe allí en donde se respeta la distinción entre ley y mandato, y en consecuencia, sólo con puntuales matices, la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, de modo que la legislación aplicable a los particulares contenga esencialmente normas de conducta (pueden incluir normas de orden público y sólo en forma excepcional mandatos), destinadas a asegurar simultáneamente el ejercicio de su independencia y autonomía para hacer posible, de forma ordenada, segura y pacífica, el ejercicio de la pluralidad de libertades de que son titulares quienes integran una sociedad abierta, sin prescribir fines, en tanto que la legislación aplicable al Estado contenga básicamente mandatos (salvo cuando acude al Derecho Privado para, parcialmente, actuar conforme a sus normas para la mejor satisfacción del interés general), que definan las competencias, organización y fines de aquél, con supuestos de discrecionalidad concretos y sujetos a control judicial.

En tercer lugar, debemos tener presente la noción de autonomía privada, entendida como la “*actividad o potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplega-*

² Sobre esta distinción ver MARTÍNEZ MESEGUER, César, “El proceso de aparición, evolución y formalización de las normas jurídicas” en *La Teoría Evolutiva de las Instituciones*. Unión Editorial, Madrid: 2009.

³ Sobre el origen y contenido esencial del Estado de Derecho, véase HAYEK, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial, Madrid: 2006, y HAYEK, Friedrich A., *El Ideal Político del Estado de Derecho*. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala: 2011.

da por el mismo titular de ellas”⁴, y las funciones claves que dentro de un ordenamiento jurídico sujeto al Estado de Derecho le reconoce a aquélla la teoría general del Derecho: en primer lugar, le otorga dinamismo al ordenamiento jurídico para que pueda adaptarse mediante la acción humana a la realidad socio-económica al mismo tiempo que ésta se desenvuelve; es un principio político de contenido liberal que tiene una concreción en el ámbito jurídico al alcanzar estatus de principio general del Derecho con directa incidencia de la creación de las normas jurídicas y; como principio general del Derecho, constituye un elemento fundamental a considerar en la actividad interpretativa tanto por los particulares, como por la Administración como por, especialmente, los jueces.

Debilitada, y hasta menosprecia por el impacto del Estado social y superficiales posturas anti-globalización, valga recordar que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, de la libertad de contratación, es una conquista de la civilización, que acabó con la discriminación entre capaces e incapaces, y emancipó de los Gobiernos absolutistas a los otrora súbditos, hoy ciudadanos, cuando se reconoció a todo habitante de la sociedad la libertad y capacidad para contratar según sus preferencias. De este modo, y sin ignorar la necesidad de limitaciones proporcionales a esta autonomía para impedir abusos e ilícitos⁵, es como la autonomía privada trasciende la esfera particular (como garantía de búsqueda de los intereses propios) y se erige en un principio general del Derecho, vinculado con los derechos de libertad, y por ello de contenido normativo, por lo que su respeto y garantía ha de ser una permanente exigencia ciudadana frente al Estado, so pena de volver a la sumisión y al despotismo, no sólo en lo económico (ya según el sistema feudal o el de planificación central) sino político (al absolutismo o al totalitarismo).

Teniendo claro, pues, la distinción entre ley y mandato, lo que es el Estado de Derecho y el valor e impacto práctico de la autonomía de la voluntad, pasemos a examinar si los Decretos-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011 y de Atención al Sector Agrario 2012, con el fin de auxiliar, fortalecer y estimular al sector privado agrícola (sólo actividades agrícolas y pesqueras) y agrario (actividades agrícolas, pesqueras y pecuarias) contiene mandatos dirigidos sólo al Estado para ajustar su organización, actividades y recursos al logro de esos fines, o si también contiene mandatos dirigidos a los particulares, en especial, a la Banca de créditos, para lograr con la organización, actividades y recursos privados de ésta tales fines, en perjuicio no sólo de la distinción entre ley y mandatos, sino también del Estado de Derecho, la autonomía privada y las libertades económicas que protege la Constitución de 1999.

III. ANÁLISIS DEL DECRETO-LEY DE ATENCIÓN AL SECTOR AGRÍCOLA 2011 Y DEL DECRETO-LEY DE ATENCIÓN AL SECTOR AGRARIO 2012

Tanto la ley de 2011 como la de 2012 presentan un articulado breve, en el que se establece (i) el objeto de la ley y su ámbito de aplicación; (ii) los beneficios, facilidades y condiciones a otorgar a quienes integran el sector agrícola y al agrario (la reestructuración de la deuda o su condonación, el procedimiento para solicitar los beneficios, los deberes de la

⁴ BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid: 1983, p. 46.

⁵ En efecto, en tanto principio, la autonomía privada no es una norma de cumplimiento pleno, sino que su eficacia se verificará en grados, con lo cual se hace un reconocimiento a la existencia de límites que tradicionalmente derivan del orden público y la moral reconocidos democráticamente en la legislación. Ver DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid: 2005, pp. 371.

banca pública, del FONDAS -éste sólo según el Decreto-Ley de 2011- y privada, el apoyo que otras instituciones del Estado deben prestar, etc.); y (iii) de forma más que cuestionable la posibilidad de aplicar sanciones en caso de incumplimiento.

En cuanto al *ámbito de aplicación*, observamos que el del Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011 era más concreto, pues se limitaba a exigir “*atender integralmente a los productores, campesinos y pescadores, que resultaron afectados por las contingencias naturales acaecidas durante el último trimestre del año 2010...*”.

Mientras que el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012 amplía su ámbito de aplicación temporal al señalar que la regulación tiene por fin atender a los deudores de créditos que “*han sido afectados por los factores climáticos adversos sucedidos desde el año 2007...*”. Es decir, establece auxilios a personas que padecieron perjuicios diferentes y muy anteriores a los eventualmente sufridos por las lluvias del último trimestre de 2010.

A esta extensión temporal, hay que añadir la extensión en razón de las personas presente en ambos Decretos-Ley, pues además de que no se incluyeron criterios objetivos para determinar qué productores, campesinos y pescadores que hayan recibido créditos agrarios podrán solicitar los beneficios por resultar afectados por las lluvias (véase el artículo 2° del vigente Decreto-Ley 2012, que no sigue la indicado en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 2011, que aludía a “*pequeños y medianos productores, campesinos y pescadores*” contraponiendo éstos a la “*agroindustria*”), se indica que “*las personas naturales y jurídicas que produzcan bienes o servicios con aprovechamiento sobre la propiedad de un tercero, podrán de acuerdo a lo previsto en este artículo optar a la reestructuración o condonación de deuda agrícola dispuestas en este Decreto (...) siempre que cuenten con la autorización del Instituto Nacional de Tierras (INTI)...*” (párrafo único del artículo 2°).

Esta ampliación del ámbito de aplicación tan extenso no parece compatible con la intención por la cual se dictó esta ley, ni es cónsono con las medidas de emergencia que podrían adoptarse en caso de desastres naturales, pues se crea la obligación de ayudar a un número indeterminado de personas dedicadas a actividades agrarias, así como algunas de ellas que no fueron objeto de daños por causa de las lluvias del último trimestre de 2010, lo que excede por tanto la cobertura de la Ley Habilitante, y crea un trato discriminatorio entre quienes reciban los beneficios al haber soportado perjuicios reales y los que los reciban sin haber soportado tales daños.

Finalmente, *los sujetos obligados* por estos Decretos-Ley son la banca estatal, el Fondo de Desarrollo Agrario Socialista (FONDAS) (sólo en lo que suponga aplicar el Decreto-Ley 2011, pues se excluyó toda alusión a él en el Decreto-Ley 2012) y la banca privada. Valga destacar que en el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012, debido a los procesos de transformación que sigue el sector bancario en Venezuela con motivo de la puesta en vigencia de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, se alude a la banca estatal y privada como Banca Universal y Banca Comercial en proceso de transformación tanto Pública como Privada.

Respecto de los *beneficios, facilidades y condiciones* a otorgar, cabe destacar que los “derechos” reconocidos a los beneficiarios de los Decretos-Ley (artículo 3°) ocultan una serie de mandatos de modificación (reestructuración) o terminación (condonación⁶) de relaciones

⁶ Una evidencia explícita del carácter de mandatos de las disposiciones de estos Decretos-Ley es la definición que ambos contienen de condonación. Mientras el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011 la define como “el *deber* por parte de la Banca Pública o Privada o del Directorio del Fondo de Desarrollo Agrario Socialista (FONDAS), de renunciar a los derechos de crédito que

contractuales (préstamos de fondos a particulares dedicados a actividades agrícolas y agrarias), dirigidos no sólo a entes estatales (banca estatal y el FONDAS) sino también a personas privadas (banca privada), es decir, mandatos que ordenan cómo disponer de fondos de propiedad estatal pero también cómo disponer, aún en contra de su voluntad y consentimiento, de fondos de propiedad privada (artículo 4°).

Por otro lado, estos mandatos no son provisionales ni coyunturales, como falsamente se afirma en la Exposición de Motivos de cada Decreto-Ley. Más bien, serán permanentes e irreversibles sus efectos en el tiempo para los sujetos obligados (banca estatal y privada). Tanto el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola de 2011 como el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012, establecen que aquéllos están obligados a reestructurar la deuda, es decir, a modificar las condiciones de pago para colocar al deudor “*en condiciones más favorables*”, o incluso a condonar (extinguir, por deber o por renuncia voluntaria) esa deuda (artículo 4°), si se cumplen los términos y condiciones especiales que por Resolución Conjunta fijan el Ministerio de planificación y finanzas y el Ministerio de agricultura y tierras para que los beneficiarios soliciten el disfrute de esas “facilidades” (artículo 6°).

Serán esos Ministerios, y no quienes otorgaron los préstamos con fondos privados, los que definan “plazos, períodos de gracia, periodicidad de pagos, procedimientos y requisitos para la reestructuración o condonación de deuda, garantías y pago de otros compromisos generados por los créditos” (artículos 5° y 6°).

Así las cosas, aún cuando el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2011 establecía que las solicitudes de reestructuración o condonación de deudas agrícolas se podían presentar hasta el 30-12-11, sucede que esas solicitudes se pueden seguir presentando con base en el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012, el cual estará vigente hasta el 15-06-13, de modo que hasta entonces se podrán seguir solicitando estos “beneficios”, pero además, los efectos jurídicos y económicos de estos “beneficios” y “facilidades” serán permanentes para la banca estatal y privada, incluso más allá del cese de la vigencia de este segundo Decreto-Ley.

Y además de que los efectos de estas medidas no serán pasajeros para la banca privada (que no recibe subsidios de la renta petrolera como sí lo hace la banca estatal), sus efectos perjudiciales se sumarán a los que ya genera la política de carteras dirigidas, es decir, de las carteras de crédito obligatorias supervisadas por la SUDEBAN con base en la ley de créditos agrícolas, por medio de la cual se obliga a la banca a cumplir unos porcentajes de financiamientos para determinados rubros agrícolas, que implican la entrega efectiva de esos fondos privados so pena de sanción administrativa⁷.

poseen con esa entidad o Fondo en contra de un deudor”, en el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012 se la define como “la *renuncia voluntaria* por parte de la Banca Universal así como de la Banca Comercial en proceso de transformación tanto Pública como Privada, a los derechos de crédito que poseen con esa entidad o Fondo en contra de un deudor”. En ambos casos, con suma hipocresía, se obliga bajo amenaza de sanción a unos particulares, a que “voluntariamente” renuncien a bienes de su legítima propiedad.

⁷ Ver al respecto MUCI, José Antonio, “La Banca y las ‘Carteras de Crédito’ Obligatorias. Excursus sobre la Naturaleza y Legitimidad de la Obligación Impuesta a la Banca”, en *Temas actuales del derecho bancario: Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*. FUNEDA, Caracas: 2009.

Nótese que estos Decretos-Ley de 2011 y 2012 no conceden margen alguno de autonomía a la banca privada para examinar y pactar de mutuo acuerdo con el solicitante en qué casos y bajo qué condiciones procederá o no la reestructuración o a la condonación de ser el caso. Por el contrario, si bien en un inicio son las entidades bancarias estatales y privadas las que recibirán y evaluarán las solicitudes de reestructuración y condonación de deudas por préstamos, sucede que en casos de negativa por parte de esas entidades a tales solicitudes, están obligadas a remitir el expediente con la negativa al Comité de Seguimiento de la Cartera Agrícola (organismo creado por el Decreto-Ley de Crédito para el Sector Agrícola, G.O. N° Extra. 5890, de 31-07-08), para que éste decida, cual superior jerárquico de los bancos estatales y privados, si en definitiva procede o no la solicitud de reestructuración o de condonación de la deuda (artículos 8°, 9° y 10).

En tal sentido, si estos Decretos-Ley, por un lado, permiten al Gobierno Nacional decidir cómo se dispondrá de los fondos privados otorgados en préstamo a los particulares dedicados a actividades agrícolas y agrarias, y de otro, decidir a qué personas debe la banca privada darle la reestructuración o la condonación, aún luego de que aquélla haya rechazado tal solicitud, pues debe concluirse que la banca privada y los fondos de propiedad privada que ella está manejando no están sujetas aquí a normas de conducta, sino a mandatos, tal y como si los bancos privados fuesen ya parte de la organización administrativa del Estado y el dinero que manejan propiedad de este último.

Y todo ello sin que (i) se haya optado por pagar con fondos estatales parte de la deuda contraída por los particulares afectados por las lluvias o evaluado alguna forma de compensación para los bancos (un subsidio especial ante la emergencia), ni (ii) se haya dictado un Decreto de Estado de Excepción, según el artículo 337 de la Constitución, que permitiera una restricción extraordinaria y temporal de derechos como la propiedad, sujetas a ulteriores indemnizaciones o formas justas de compensación.

Respecto del *procedimiento de solicitud de reestructuración o condonación* de las deudas adquiridas por préstamos con fines agrícolas contratados con bancos estatales o privados, en los Decretos-Ley se estableció un procedimiento sencillo y favorable a los peticionarios para presentar dichas solicitudes. Los interesados deben presentar ante la institución financiera una solicitud acompañada de los requisitos que a tal efecto se fijen, y cada banco estatal o privado a debe dar respuesta, conforme al vigente Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012, dentro de los veintiún (21) días hábiles siguientes luego de la formulada la solicitud (artículo 8°), la cual deberá evaluar según “criterios técnicos” suministrados por el Comité de Seguimiento de la Cartera Agrícola y en atención a la normativa contenida en la Resolución Conjunta que han de dictar los Ministerios de planificación y finanzas y agricultura y tierras (y en donde se fijarán también los requisitos y anexos que deben acompañar a las solicitudes de reestructuración y condonación), debiendo, como ya se dijo, notificar al solicitante y remitir al referido Comité la solicitud cuando sea negada dentro de los treinta (30) días siguientes a la decisión (artículo 9°), para que ese Comité revise y decida en los treinta (30) días hábiles bancarios siguientes al recibo del expediente (artículo 10).

Además, mientras el Decreto-Ley de 2011 establecía que el Banco Central de Venezuela fijaría la tasa de interés a cobrar a los créditos reestructurados (artículo 7°), el Decreto-Ley de 2012 fija un piso o tasa mínima a dicho Banco al momento de establecer esa tasa de interés a los beneficiarios de créditos reestructurados, en nueve por ciento (artículo 7°).

Resulta llamativo que el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola 2012 establezca un *silencio positivo* ante la falta de notificación por parte de la banca estatal o privada de la respuesta a la solicitud de reestructuración o condonación de la deuda dentro del plazo antes

indicado, al prever como consecuencia de lo anterior el que se entienda aceptada la solicitud; ello así, por cuanto en Venezuela prácticamente desapareció la figura del silencio positivo respecto de la Administración Pública, siendo este caso una excepción a la regla general, pero que tiene la peculiaridad de aplicarse a particulares, como son los bancos privados, de nuevo, a los que trata este Decreto-Ley como entes de la organización administrativa nacional.

Desde luego, esto obra en beneficio del solicitante dentro de este procedimiento, y ya que se decidió en el mismo Gobierno crear este supuesto de silencio positivo, debería responsablemente extenderse su aplicación a otros procedimientos, aun cuando no sean fondos privados, sino públicos, los que reciban el efecto de la no respuesta por parte de la Administración.

En cuanto al *cobro judicial o extrajudicial de los créditos agrarios* cuyas deudas resulten reestructuradas o condonadas y los juicios en curso relacionados con estos quedarán suspendidos. Esta suspensión sólo cesará luego que la negativa a la solicitud de reestructuración o condonación haya quedado definitivamente firme, es decir, que ya no haya recurso o demanda que intentar ni en sede administrativa ni en sede contencioso-administrativa. Con tal previsión, otro elemento del Estado de Derecho, como es el acceso a tribunales imparciales en ejercicio de la tutela judicial, también es desconocido por estos Decretos-Ley (artículo 11).

Finalmente, resulta peligroso el *régimen sancionatorio* previsto en estos Decretos-Ley, tanto el previsto en el Decreto-Ley de Atención al Sector Agrícola (artículo 22) como el previsto en el vigente Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012 (artículo 15). En efecto, en ambas disposiciones se dispone que *“Las Entidades de la Banca Pública o Privada que no cumplan con las condiciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como los actos normativos dictados en su ejecución, serán sancionadas conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente”*.

¿En qué parte del ordenamiento estarán las conductas ilícitas y las consecuencias sancionatorias a la comisión de esas conductas? ¿En la Ley de las Instituciones Bancarias? ¿En la normativa sub-legal que dicte la SUDEBAN en esta materia? ¿En la normativa sub-legal que dicten los Ministerios de planificación y finanzas y de agricultura y tierras? ¿En todas las anteriores? Estos Decretos-Ley se unen a las legislaciones vigentes en diversas materias en las que se evidencia una precaria regulación en materia sancionatoria en la que no queda claro el supuesto de hecho que da lugar a la sanción ni se establece expresamente el tipo de sanción, sólo nos remite al ordenamiento jurídico vigente que a nuestro juicio está plagado de leyes, reglamentos, providencias, resoluciones, etc. Incluso en estos últimos, contrariando el principio de legalidad, se incluyen ya como algo cotidiano los elementos esenciales de la sanción, como si la creación de ilícitos, y también de delitos, forma parte de las competencias constitucionales del Poder Ejecutivo Nacional, y no del Poder Legislativo Nacional. La incertidumbre, discrecionalidad y, en definitiva, inseguridad jurídica que deriva de esta inaceptable disposición en materia sancionatoria, es otra evidencia más del irrespeto al Estado de Derecho por parte de los Decretos-Ley que hemos examinado.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que al desconocer la distinción entre normas de conducta y mandatos, instrumentalizar la propiedad privada (fondos privados manejados por los bancos privados) para lograr fines estatales y abolir la autonomía de la voluntad o libertad contractual en los contratos de préstamo celebrados entre los bancos privados y los beneficiarios de dichos préstamos con fines agrarios, todo ello sin que esté vigente un Decreto de Estado de Excepción y un régimen extraordinario que fije formas de compensación a la banca privada y sus usuarios, los Decretos-Ley examinados, tanto el de

2011 (cuyos efectos siguen vigentes) como el de 2012 (que estará vigente hasta junio de 2013, pero cuyos efectos se mantendrán en el tiempo), son inconstitucionales, por violar los derechos y principios protegidos por los artículos 26, 49, 112, 115 y 299 de la Constitución de 1999, y responder a un modelo de planificación central de la economía.

De nuevo, tal y como lo ha hecho en materias como vivienda, salud, educación y deportes, el Gobierno le impone obligaciones, responsabilidades y costos arbitrarios al sector privado que le corresponden al Estado, el cual cuenta, o debe contar con organizaciones, funcionarios y recursos propios para enfrentar y superar una situación como la que se presentó en el último trimestre de 2010, sin perjuicio de las alianzas, cooperación y coordinación que pueda lograr con ese sector privado para ampliar las soluciones y capacidad de respuesta. Se suma, pues, el vigente Decreto-Ley de Atención al Sector Agrario 2012, en materia de producción agraria, al cúmulo de actos estatales que desconocen los derechos de propiedad, y que en nombre de la “justicia social”, han impuesto en el país, casi de forma plena, un modelo de planificación central de la economía, contrario a la economía social de mercado previsto en el vigente Texto Constitucional.

Por tanto, bien puede afirmarse, siguiendo a Mises, que en Venezuela casi rige ya, en forma general, el modelo económico del nacionalsocialismo aplicado en Alemania durante el totalitarismo nazi, en el que, a diferencia del aplicado por el totalitarismo soviético, si bien se mantuvo en algunos particulares una formal e inútil titularidad sobre los medios de producción, el poder para decidir el uso, goce y disposición de esos y otros tantos bienes “privados” quedó en manos del Estado: *“El modelo alemán de socialismo difiere del ruso en que, exterior y nominalmente, conserva la propiedad privada sobre los medios de producción y las apariencias de precios ordinarios, salarios y mercados. Pero ya no existen empresarios; no hay más gerentes de empresa (...), que son quienes hacen las compras y las ventas, pagan a los obreros, contraen deudas y pagan intereses y amortizaciones. No existe el mercado de trabajo: los sueldos y salarios los fija el gobierno. El gobierno dice a los gerentes de empresa qué y cómo producir, a qué precios, y a quién comprar, a qué precios, y a quién vender. El gobierno decreta a quién y en qué condiciones deben los capitalistas confiar sus fondos y dónde y por qué salario deben trabajar los trabajadores. Los precios, los salarios y tipos de interés los fija la autoridad central. No son precios, salarios y tipos de interés más que en apariencia; en realidad son meras determinaciones de relaciones cuantitativas en las órdenes del gobierno (...) Cuando se llega a ese control global de la vida económica la economía de mercado ha sido sustituida por el modelo alemán de planificación socialista. La comisión gubernamental para la dirección de la producción tiene ahora el control exclusivo de todas las actividades económicas y decide cómo deben emplearse los medios de producción, hombres y recursos materiales”*⁸.

Por ser los principales destinatarios de estos Decretos-Ley los bancos privados, entidades consideradas por la opinión pública y las visiones socialistas en general, más en el contexto de la crisis económica mundial actual, como emblema de la explotación capitalista, de la especulación irresponsable y de la acumulación de riquezas en cabeza de pocos en detrimento de los excluidos, es posible que más allá de su inconstitucionalidad, para no pocos legislaciones como éstas sean buenos ejemplos de medidas redistributivas de “justicia social”, que se pueden tomar en el marco del “Estado social”, y gracias a las cuales los más ricos se ven forzados a ayudar coactivamente a los más pobres, sin que ello cueste medio al erario público.

⁸ MISES, Ludwig von, *Gobierno omnipotente (En nombre del Estado)*. Unión Editorial, Madrid 2002, pp. 93-94, 102-103.

Tal postura, desde luego, olvida que los bienes o el dinero que con tales medidas se terminará usando a capricho del Estado con discriminación, o simplemente se robará, es, salvo prueba en contrario, resultado lícito del esfuerzo y de la capacidad productiva, en este caso, de quienes tienen fondos en las instituciones bancarias privadas. A quienes así piensen, aún siendo políticamente contrarios al Gobierno autor de estos Decretos-Leyes, les vendría bien tener presentes las siguientes palabras de Rand: “¿Así que piensa que el dinero es el origen de todos los males? -inquirió Francisco d’Anconia- ¿Se ha preguntado alguna vez cuál es el origen del dinero? El dinero es sólo un instrumento de intercambio que no puede existir a menos que existan bienes y personas capaces de producirlos. Es la forma material del principio según el cual quienes deseen tratar con otros deben hacerlo mediante transacciones, entregando valor por valor. No es instrumento de pordioseros, que exigen llorando el producto del trabajo ajeno, ni de saqueadores que lo arrebatan por la fuerza; el dinero se hace posible sólo gracias a quienes producen. ¿Es eso lo que considera malvado?”⁹

⁹ RAND, Ayn, *La Rebelión de Atlas*. Editorial El Grito Sagrado, Buenos Aires 2009, p. 452.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2015

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

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía. Ilegitimidad de los actos ejecutivos de un gobierno extranjero en relación con la República y sus habitantes.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales.* A. Garantía de Igualdad ante la Ley. Principio de igualdad. B. Principio de igualdad y no discriminación. C. Garantía de acceso a la justicia. Igualdad. D. Garantía del debido proceso. a. Presunción de Inocencia. b. Principio de legalidad en la tipificación de delitos y faltas. 2. *Derechos Individuales.* A. Libertad personal: Régimen de la intervención penal y valoración de la mendicidad. 3. *Derechos Políticos.* A. Pérdida de la ciudadanía. 4. *Derechos Sociales y de la familia.* A. Régimen de protección de los más débiles. B. Derecho al Trabajo: Derecho y deber de trabajar. Situación de mendicidad. C. Derechos de protección Social. a. Protección del matrimonio: Fundamento de la familia. b. Protección de la familia y sobre la institución del divorcio: Eliminación de las causales taxativas de divorcio.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial.* A. Régimen de los jueces: ausencia de estabilidad de los jueces provisorios.

IV. ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Derecho de Propiedad. Confiscación.*

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Procedimiento Administrativo.* A. Principio de Legalidad. B. Garantía del debido proceso. 2. *Actos Administrativos.* A. Definición: la necesaria producción de efectos jurídicos. B. Actos administrativos de efectos generales: participación ciudadana mediante consulta popular.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Contencioso Administrativo de anulación.* A. Lapso de caducidad. 2. *Competencia respecto de actos de las Academias Nacionales.* 3. *Efectos de la anulación: prohibición de reedición del acto anulado.*

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la constitucionalidad de las Leyes. Prohibición de reedición de las Leyes anuladas. Poderes de anulación de oficio.* 2. *Control concentrado de la constitucionalidad reedición de normas.* 3. *Recurso de Interpretación Constitucional.* A. Interpretación de normas sub legales acción improponible en derecho. B. Admisibilidad. C. Pérdida de interés procesal. 4. *Revisión constitucional de sentencias.* 5. *Amparo Constitucional.* A. Acción de Amparo: Admisibilidad.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía. Ilegitimad de los actos ejecutivos de un gobierno extranjero en relación con la Republica y sus habitantes*

TSJ-SC (443)

10-4-2015

Ponencia conjunta

Caso: Oleg Alberto Oropeza Muñoz, actuando en nombre propio, interpuso “Recurso para la Protección de la Integridad de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica”.

La Sala Constitucional al decidir un RECURSO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica” interpuesto por un ciudadano actuando a nombre propio, consideró que se trataba de una demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional, frente al mencionado “Decreto Ejecutivo,” el cual se declaró ilegítimo respecto de Venezuela y sus habitantes.

El accionante de autos califica la acción como “RECURSO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanada de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica”, sin embargo, de su contenido y petitorio, en relación a las competencias de esta Sala, ante la cual ha sido presentada, se infiere que la misma contiene, fundamentalmente, una demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional, frente al mencionado “Decreto Ejecutivo”; actividad intelectual previa y necesaria para garantizar la aplicación, supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, pues de la precisión y delimitación del contenido y alcance del Texto Constitucional, dependerá su cabal tutela, cuya responsabilidad recae, en los términos del artículo 335 Constitucional, y desde la perspectiva jurisdiccional, en este Máximo Tribunal de la República.

[...]

En el presente asunto se plantea la vulneración del orden constitucional generada por la aprobación y aplicación de un “Decreto” denominado “Orden Ejecutiva”, emanado de otro Estado, es decir, de otro sujeto de derecho internacional (con sus consiguientes derechos, pero también deberes), concretamente, de los Estados Unidos de América, para afectar intereses del Pueblo venezolano e intervenir, nuevamente, en contra del Derecho Internacional, en los asuntos internos de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tal razón, y por cuanto el referido Decreto “Orden Ejecutiva” tiene como uno de sus fundamentos la denominada “Ley para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil en Venezuela 2014”, declarada por esta Sala, carente de validez y eficacia respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales, a través de la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, el mismo carece igualmente de validez y eficacia desde esa perspectiva.

[...]

2.- Para comprender de manera precisa el aludido Decreto Presidencial denominado “Orden Ejecutiva”, que da lugar a la presente decisión, la Sala pasa a analizarlo, en los siguientes términos:

“Yo, BARACK OBAMA, Presidente de los Estados Unidos de América, entiendo que la situación en Venezuela, incluida la situación del Gobierno en cuanto la erosión de las garantías de derechos humanos, la persecución de opositores políticos, restricción de la libertad de prensa, el uso de la violencia y violaciones y abusos de los derechos humanos en respuesta a las protestas contra el gobierno, y el arresto arbitrario y la detención de manifestantes que están en contra del gobierno, así como la presencia exacerbada de corrupción pública significativa, que constituye una amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos, declaro por medio de la presente una emergencia nacional a los fines de hacer frente a dicha amenaza. Por lo tanto dispongo lo siguiente (...).”

El encabezado del documento Orden Ejecutiva inicia con una declaratoria del Presidente de los Estados Unidos, Barack Hussein Obama, en primera persona. En ella realiza una narración iniciando con la palabra “Entiendo”, que relata lo que a su parecer es la supuesta situación en Venezuela sobre los “derechos humanos”, “persecución a opositores políticos”, “restricción a la libertad de prensa”, “uso de violencia y violaciones y abusos de los derechos humanos en respuesta a las protestas contra el gobierno”, y el “arresto arbitrario y la detención de manifestantes que están en contra del gobierno”, así como la “presencia exacerbada de corrupción pública significativa”. Lo que, además, califica como “*una amenaza[1] inusual[2] extraordinaria[3] a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*” por lo cual declara una “*Emergencia[4] Nacional[5]*” que le permitirá *hacer “frente a dicha amenaza”*, indicando dispone las acciones que indica a continuación.

Al respecto, el acto aludido señala una supuesta situación en “Venezuela”, sin utilizar siquiera la denominación que, a la República, democráticamente dio el Pueblo Venezolano, mediante referéndum, en el año 1999: República Bolivariana de Venezuela (artículo 1 Constitucional), con lo que advierte, de entrada, la ausencia absoluta de reconocimiento y respeto hacia otro sujeto de derecho internacional, es decir, a otro Pueblo Soberano y, además, profundamente inspirado en la Democracia Participativa y el verdadero respeto a los Derechos Humanos.

Tal actuación dirigida hacia el Pueblo Venezolano, denota, desde el inicio de ese acto “jurídico”, una omisión respecto de principios del Derecho Internacional Público, del Derecho Constitucional y del Derecho en general, así como de la Costumbre Internacional.

Pero tan o más grave es que, más allá de la absoluta falta de jurisdicción e inaceptable intromisión internacional, tal como lo anuncia de forma deliberada, ligera e irresponsable el término “entiendo”, se recrea una imprecisa, subjetiva y descontextualizada “situación” en Venezuela, sin constar ni referir siquiera elemento probatorio alguno que lo sustente, abarcando, desmesuradamente, un número indeterminado de situaciones y personas, venezolanos y venezolanas, así como habitantes de esta República, que, en definitiva, son destinatarias y reales de esa infundada referencia que atañe a valores, normas y principios verdaderamente tutelados por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: Dignidad,

honor, reputación, etc.; y en materia de derecho internacional: Autodeterminación, soberanía, integridad, etc. Sin lugar a dudas, es un espejo en el que inevitablemente se verán otros Estados, Pueblos y personas del mundo, potenciales destinatarios de semejantes señalamientos.

Al respecto, la Sala observa que el mencionado decreto, emanado de una autoridad de un país extranjero, como es el caso del Decreto del Presidente de los Estados Unidos, en el cual se cataloga a [la República Bolivariana de] Venezuela como “*una amenaza inusual extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*”, se basa en una “visión” sobre un puñado de pretendidas situaciones, inconexas por demás, carentes del más mínimo sustento científico y ético, que exigen, por lo menos, que ese acto sea anulado, dejado sin efecto o, en fin, que sea extinguido del orden jurídico de ese Estado, al igual que los actos que le dieron lugar y los generados con fundamento en el mismo.

Tales circunstancia advierten que, más allá de la flagrante violación al orden jurídico internacional, en una apreciación general, desde la óptica de la Teoría General del Derecho y de la Ciencia del Derecho en general, la juridicidad del referido Decreto es absolutamente inexistente, toda vez que el mismo carece de un presupuesto básico para la formación de cualquier criterio o acto jurídico: un soporte objetivo, factico u ontológico. Luego, tal carencia sólo revela, por lo menos, mera subjetividad, improvisación y especulación.

Así pues, el “Decreto” busca darle valor jurídico a una visión subjetiva que un Estado (Estados Unidos de América) tiene sobre la situación política, económica y social de otro Estado (República Bolivariana de Venezuela), basándose, supuestamente, en leyes internas (incluyendo la antijurídica “ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela”, cuya validez y efectividad es inexistente para la República, conforme lo declaró esta Sala en sentencia N° 100 del 20-02-2015) que le permitan al Estado ejercer acciones actuales y futuras para “hacer frente” a la “emergencia nacional”, generada por la “amenaza inusual y extraordinaria” que supuestamente representa, para la “seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos”, la “situación en Venezuela” (que nunca describe en su integralidad, sino en algunas pretendidas situaciones abstractas que en nada soportarían al menos, con seriedad, tal amenaza a la seguridad nacional y a la “política exterior” de ese Estado -que en ningún momento se relata, cuando menos en el plano axiológico-).

Sin lugar a dudas, tal indeterminación deja gran espacio para reflexionar, desde el ámbito jurídico (ello sin mencionar el elemento histórico, político y económico), sobre la verdadera función, finalidad y próximas acciones a asumir por parte de ese Estado, dentro de lo cual tiene cabida la creación de una matriz en la opinión pública nacional e internacional sobre el Estado y “la situación en Venezuela”, así como la continuación de la preparación para efectuar ulteriores acciones injerencistas e intervencionistas en la República Bolivariana de Venezuela, en la región y en el resto del planeta.

Ello también se advierte con las acciones que le permitirán hacer frente a la “*amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*”, generadora de la “*emergencia nacional*” que supuestamente enfrentan los Estados Unidos de América, por la “*situación en Venezuela*”, las cuales clasifican a través de secciones:

Sección 1. (a) *Todos los bienes e intereses en propiedades que están en los Estados Unidos, que de ahora en adelante ingresen a los Estados Unidos, o que están o en el futuro entren en posesión o control de cualquier persona de los Estados Unidos de las siguientes personas quedan bloqueados y no podrán ser transferidos, pagados, exportados, retirados, o de otra manera tratados en:*

(1) *las personas enumeradas en el anexo del presente decreto; y*

(II) cualquier persona que, según el Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado:

(A) sea responsable o cómplice de, o responsables de ordenar, controlar, o dirigir de alguna manera, o de haber participado en, directa o indirectamente, cualquiera de los siguientes actos en o en relación a Venezuela:

(1) acciones o políticas que socavan los procesos e instituciones democráticas;

(2) actos significativos de violencia o conducta que constituyan un grave abuso o violación de los derechos humanos, en particular contra las personas que participaban en las protestas contra el gobierno en Venezuela en o desde febrero 2014;

(3) medidas que prohíban, limiten o penalicen el ejercicio de la libertad de expresión o de reunión pacífica; o

(4) la corrupción pública por funcionarios de alto nivel en el Gobierno de Venezuela”;

(B) Que haya sido un líder presente o pasado de una entidad que haya, o que sus miembros hayan participado en cualquier actividad descrita en el inciso (a)(ii) (A) de esta sección o una entidad cuya propiedad e intereses en una propiedad estén bloqueados de conformidad con el presente decreto;

(C) es un funcionario actual o anterior del Gobierno de Venezuela;

(D) que haya asistido materialmente, patrocinado o proporcionado apoyo financiero, material o tecnológico, o de bienes o servicios para o en apoyo de:

(1) una persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados en virtud de este decreto; o

(2) una actividad descrita en el inciso (a) (ii) (A) de esta sección; o

(E) Que sea propiedad de, o controlada por, o que haya actuado o pretendido actuar directa o indirectamente en nombre de, cualquier persona cuya propiedad o intereses en una propiedad e intereses en la propiedad, estén bloqueados de conformidad con este decreto.

(b) Las prohibiciones en el inciso (a) de la presente sección se aplicarán salvo hasta el punto en que estipulen los estatutos, las regulaciones, ordenes, normativas o licencias que hayan sido emitidas de conformidad con la presente decreto y no obstante ello, cualquier contrato suscrito o cualquier licencia o permiso otorgado previo a la fecha efectiva de este decreto.

De la lectura del Decreto “Orden Ejecutiva” en el párrafo correspondiente a la “Sección 1” se desprende una orden relativa al bloqueo de los bienes que se encuentren en el presente o ingresen en el futuro a los Estados Unidos, puedan estar bajo el control de cualquier persona de los Estados Unidos a los cuales se les prohíbe su transferencia, pago, exportación, o retiro. Ahora bien, posteriormente se refiere al supuesto tipo de personas de las cuales provengan tales bienes, identificándolo como “de las siguientes personas”.

Como puede apreciarse, más allá de la ilegitimidad internacional advertida del decreto *sub examine*, para agravar la situación, esta sección dispone el “bloqueo” y la afectación directa, inmediata e indeterminada de intereses y bienes y, por ende, de los derechos a la propiedad sobre los mismos, de forma similar a una sanción, en este caso, sin precisar el tipo de bienes o intereses, la forma del “bloqueo”, el procedimiento para la determinación de esos bienes o intereses, ni las acciones para ejercer, en caso de estimarse pertinente, los más elementales derechos humanos a ser oído, a la defensa, al debido proceso y a la Justicia, frente a las mismas.

En similar sentido, se señalan de forma indeterminada, indefinida y abierta las personas destinatarias de esas sanciones (además de las enumeradas en el anexo del referido decreto),

las cuales, inclusive, podrán ser determinadas, de manera discrecional, por el Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, por actos realizados con “Venezuela” o en relación a ella (en clara alusión a la extraterritorialidad del mencionado decreto).

Tan o más grave aún es la vaguedad e imprecisión de las conductas que supuestamente justifican tal medida, en todo caso, en flagrante menoscabo a los derechos humanos a la taxatividad e irretroactividad de las infracciones, y a la seguridad jurídica, además de los principios de legalidad, responsabilidad por el hecho, culpabilidad, lesividad, interdicción de la arbitrariedad, etc.

Seguidamente, en la sección 2 del Decreto en cuestión, el actual Presidente de Estados Unidos de América, señala lo siguiente:

Sección. 2. Mediante la presente, encuentro que la entrada de inmigrantes sin restricciones y no inmigrante a Estados Unidos de extranjeros que se determine que cumple con uno o más de los criterios enunciados en el inciso 1 (a) de este decreto sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos, y por medio de la presente suspendo la entrada en Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de dichas personas, salvo cuando el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos. Esta sección no se aplicará a un extranjero si la admisión de dicho extranjero en Estados Unidos es necesaria para permitir que Estados Unidos cumpla con el Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake Success el 26 de junio de 1947, y que entró en vigor el 21 de noviembre de 1947, o de otras obligaciones internacionales aplicables.

Como puede apreciarse, también a manera de sanción, y, por ende, de restricción de derechos e intereses, la sección 2 de este ilegítimo decreto señala que la entrada de inmigrantes sin restricciones y no inmigrante a Estados Unidos de extranjeros que se determine (sin señalarse de qué forma) que cumple con uno o más de los criterios enunciados en el inciso 1 (a) de la misma “sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos”, por lo que suspende “la entrada en Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de dichas personas, salvo [paradójicamente] cuando el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos” (circunstancia que conllevaría a pensar, hasta cierto punto, de forma contradictoria, que existen circunstancias en las que, para el Presidente de Estados Unidos de América, la entrada de ciertas personas (en general, venezolanas y venezolanos) a ese país, sería perjudicial para los intereses del mismo, salvo que el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos; es decir, que reconocen la existencia de algún o algunos supuestos en los que sería del interés nacional de Estados Unidos el ingreso de personas perjudiciales para los intereses de ese país.

Otra paradoja que contradice, tanto los cimientos y la generalidad del contenido del referido Decreto, como de otras acciones similares desplegadas por ese Estado que ha desplegado tales acciones injerencistas, es el supuesto reconocimiento de, además de las derivadas del Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake Success el 26 de junio de 1947, y que entró en vigor el 21 de noviembre de 1947, otras “obligaciones internacionales aplicables”, sin aludirles directamente, pues es obvio que ello no les convendría, al encontrarse que aquella exigen, en general, el respeto a los principios básicos del Derecho Internacional Público, así como el respeto verdadero a los Derechos Humanos.

Al respecto, aun cuando es debatible, las restricciones que se consagran respecto a la inmigración generalmente se estiman que son competencia nacional, sin embargo, las limitaciones que en esta materia se contemplan en el decreto *sub examine*, están configuradas en forma de penas y amenazas. Además, las mismas deben ser analizadas en el contexto de las demás restricciones que allí se plantean, y, en general, en el entorno de las demás acciones

que han venido desplegando algunas instituciones de los Estados Unidos de América en contra del Pueblo Venezolano y de otros Pueblos soberanos del mundo.

A su vez, en la sección 3 del Decreto, se afirma lo siguiente:

“Sección. 3. Por la presente determino que la realización de donaciones del tipo de artículos que se especifica en la sección 203 (b) (2) de la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (50 USC 1702 (b) (2)) por, a, o en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados de conformidad con la sección 1 de este decreto puedan menoscabar seriamente mi capacidad para hacer frente a la emergencia nacional declarada por el presente decreto, y mediante la presente prohíbo este tipo de donaciones a lo dispuesto por la sección 1 de este decreto”.

Así, se dispone la prohibición de donaciones contempladas en la *“Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (50 USC 1702 (b) (2)”*, argumentándose que las mismas pudieran menoscabar la capacidad para hacer frente a la “emergencia nacional” declarada en el Decreto en análisis.

Por su parte, en la Sección 4 sostiene lo que sigue:

“Sec. 4. Las prohibiciones establecidas en la sección 1 de este decreto incluyen pero no se limitan a lo siguiente:

(A) la realización de cualquier contribución o suministro de fondos, bienes o servicios por parte de, a, o en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados en virtud de este decreto; y

(B) la aceptación de contribuciones o el suministro de fondos, bienes o servicios de cualquier persona”.

La Sección 4 del Decreto “Orden Ejecutiva” extienden sin limitación alguna las prohibiciones señaladas en la “Sección 1” a los supuestos señalados en los incisos (A) y (B), nombrados previamente.

En la Sección 5 se indica:

“Sección. 5. (a) Queda prohibida cualquier transacción que evada o evite, o que tenga el propósito de evadir o evitar, provocar una violación de, o trate de violar alguna de las prohibiciones establecidas en este decreto.

(B) Se prohíbe cualquier conspiración formada para violar cualquiera de las prohibiciones establecidas en este decreto”.

Como puede observarse, se establecen prohibiciones para realizar transacciones que tiendan a evitar las restricciones señaladas en el Decreto, además de determinar la prohibición de los que denomina como “Conspiraciones” para violar las proscipciones del decreto, las cuales son señaladas en el inciso (B) de la Sección 5.

Seguidamente, en el Decreto en cuestión se definen algunos términos, alterando subrepticamente el alcance que comúnmente tienen, para manipular y disfrazar el contenido del decreto, ampliando su enorme discrecionalidad y permitiendo potencial afectación de los intereses del Estado y del Pueblo venezolano, así como los derechos de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela:

“Sección. 6. A los efectos de este decreto:

(A) el término “persona” se entiende como un individuo o entidad;

(B) el término “entidad”: se entiende como una sociedad, asociación, fideicomisario, empresa conjunta, sociedad, grupo, subgrupo, u otra organización;

(C) el término “persona de Estados Unidos”, se entiende como cualquier ciudadano de Estados Unidos, residente permanente, entidad constituida conforme a las leyes de Estados Unidos o cualquier jurisdicción dentro de Estados Unidos (incluidas sucursales en el extranjero), o cualquier persona en los Estados Unidos;

(D) el término “Gobierno de Venezuela” se entiende como el Gobierno de Venezuela, cualquier subdivisión política, ente u organismo, incluido el Banco Central de Venezuela, y cualquier persona que posea o controle, o que actúe en nombre del Gobierno de Venezuela”.

Así pues, por ejemplo, “persona” no sería sólo un individuo, sino también una “entidad”, y “entidad” pudiera ser una sociedad, asociación, fideicomisario, empresa conjunta, sociedad, grupo, subgrupo, u otra organización.

Ante ello cabría preguntarse: ¿Pudiera ser una empresa del Estado o el Estado mismo? ¿Pudiera ser también un nacional o una empresa de otro país? ¿Otro Estado? ¿Se pudiera llegar a tratar de bloquear y aislar a la República Bolivariana de Venezuela?

Algunas de esas preguntas pudieran responderse luego de analizar la definición de “Gobierno de Venezuela”, el cual, como se sabe, va más allá de las personas que, a decir del Decreto en cuestión, ya fueron sancionadas por el mismo.

Así, se entiende por tal “cualquier subdivisión política, ente u organismo, incluido el Banco Central de Venezuela, y cualquier persona que posea o controle, o que actúe en nombre del Gobierno de Venezuela”.

Interesa resaltar que como único ejemplo de lo que entienden por Gobierno de Venezuela se alude al Banco Central de Venezuela, es decir, a la persona jurídica que según el artículo 318 Constitucional tiene por objetivo fundamental lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, además de otras circunstancias cardinales que se desprenden, entre otros, de los artículos 318 al 320 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

[...]

A su vez, en la sección 7 se dispone:

“Sección. 7. Para aquellas personas cuyos bienes e intereses de propiedad están bloqueados en virtud de este decreto, que pudieran tener una presencia constitucional en Estados Unidos, encuentro que, debido a la capacidad de transferir fondos u otros activos de forma instantánea, previo aviso a dichas personas de las medidas que se tome en virtud de este decreto haría que esas medidas fueran ineficaces. Por lo tanto, determino que para que estas medidas sean eficaces y así hacer frente a la emergencia nacional declarada por este decreto, no hay necesidad de notificación previa de una lista o de la determinación formulada en virtud de la sección 1 de este decreto”.

Así pues, además de la vulneración del Derecho Internacional Público, demostrando una nueva indeterminación que da lugar a peligrosas afectaciones a los derechos humanos, incluso de sujetos que no son destinatarios de este Decreto (al menos aparentemente), el Presidente estadounidense señala en su decreto que “no hay necesidad de notificación previa de una lista o de la determinación formulada en virtud de la sección 1 de este decreto”, dejando al libre arbitrio, incluso de terceros ajenos al Gobierno de Estados Unidos de América, la determinación de los sancionables (venezolanos y no venezolanos) y la imposición de las sanciones allí contenidas, sin notificación alguna.

Circunstancia similar se reconoce en la sección 8, en la cual señala:

“Sección. 8. *El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para tomar las acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y de utilizar todos los poderes otorgados al Presidente por la IEEPA y 4 la sección 5 de la Ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela, aparte de las autoridades que figuran en las secciones 5 (b) (1) (B) y 5 (c) de dicha Ley, que sean necesarios para llevar a cabo los propósitos de este decreto, con la excepción de la sección 2 de este decreto, así como las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley. El Secretario del Tesoro podrá delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable. Se ordena a todos los organismos del Gobierno de Estados Unidos a tomar todas las medidas apropiadas dentro de su autoridad para llevar a cabo lo dispuesto en este decreto”.*

Así pues, la “Sección 8” del referido decreto, autoriza al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, para tomar las acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y de utilizar todos los poderes otorgados al Presidente por la IEEPA (Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia) y 4 la sección 5 de la -antijurídica- Ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela, aparte de las autoridades que figuran en las secciones 5 (b) (1) (B) y 5 (c) de dicha Ley, que sean necesarios para llevar a cabo los propósitos de ese decreto, con la excepción de la sección 2 del mismo, así como las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley.

Asimismo, se dispone que el Secretario del Tesoro podrá delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable; y se ordena a todos los organismos del Gobierno de Estados Unidos a tomar todas las medidas apropiadas dentro de su autoridad (sin ninguna otra precisión o límite al poder) para llevar a cabo lo dispuesto en ese decreto.

Por su parte, en la sección 9 se indica lo siguiente:

“Sección 9. *El Secretario de Estado queda autorizado para tomar este tipo de acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y emplear todas las facultades otorgadas al Presidente por la IEEPA, la INA y la sección 5 de la Ley de Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela, incluidas las autoridades listadas en las secciones 5 (b) (1) (B), 5 (c) y 5 (d) de dicha ley, que sean necesarias para llevar a cabo la sección 2 del presente decreto y las disposiciones pertinentes de la sección 5 de dicha Ley. El Secretario de Estado puede delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable”.*

Como puede apreciarse, la Sección 9 autoriza al Secretario de Estado a tomar acciones, entre ellas, la promulgación de normas y reglamentos, además del empleo de facultades otorgadas al Presidente por la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés), la sección 5 de la Ley de Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela, incluidas las autoridades listadas en las secciones 5 (b) (1) (B), 5 (c) y 5 (d) de dicha ley, consideradas por el texto normativo como necesarias para la aplicación de la sección 2 y sección 5 del mismo; también faculta al Secretario de Estado el poder de delegar a otros funcionarios gubernamentales esas funciones (remisión *ad infinitum* de funciones sancionatorias, sin formula alguna de proceso, al estilo de las prácticas más alejadas de la historia, de la civilidad, del derecho, de la razón y de la justicia).

Otra arbitrariedad atroz se advierte en la sección 10:

“Sección. 10. *El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para determinar qué circunstancias ya no garantizan el bloqueo de los bienes e intereses pertenecientes a las personas que se encuentran en el listado anexo del presente decreto, y a tomar las acciones necesarias para llevar a cabo dicha decisión”.*

Así pues, en esa parte del decreto, el Presidente de Estados Unidos de América autoriza al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, la posibilidad de determinar cuáles circunstancias ya no garantizan el bloqueo de bienes e intereses de las personas que se encuentran en la lista anexa al Decreto, además de permitirle a aquella autoridad foránea a tomar acciones (sin describir el tipo) que conduzcan a la aplicabilidad de la “decisión”.

Por su parte, en la sección 11 se indica lo siguiente:

“Sección. 11. El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para presentar los informes periódicos y finales al Congreso sobre la situación de emergencia nacional declarada por este decreto, de acuerdo con la sección 401 (c) de la NEA (50 USC 1641 (c)) y la sección 204 (c) de la IEEPA (Código de EEUU 50 1703 (c)).”

Como puede apreciarse, esa sección autoriza de igual forma al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, para que presente informes periódicos ante el Congreso de Estados Unidos de América, sobre la situación de “emergencia nacional” declarada en este decreto, de acuerdo con la sección 401 (c) Ley de Emergencia Nacional (NEA, por sus siglas en inglés) (50 USC 1641 (c)) y la sección 204 (c) de la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), (Código de EEUU 50 1703 (c)).

Para colofón de la injerencia y la arbitrariedad, este decreto señala en la sección 12 que el mismo “no pretende y no crea ningún derecho o beneficio, sustantivo o procesal, ejecutable en derecho o en equidad por cualquiera de las partes en contra de Estados Unidos, sus departamentos, organismos o entidades, sus funcionarios, empleados, o agentes, o cualquier otra persona”; procurando, a manera de contrato de adhesión, eludir la grave responsabilidad internacional (y probablemente interna) que genera ese acto antijurídico y absolutamente ilegítimo, desde la perspectiva del Derecho Internacional, y pretendiendo asentarlos a manera de tribunal internacional (juez y parte).

Al respecto, es evidente la vinculación del presente decreto con la ley que dio lugar a la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, emanada de esta Sala; en la que se dispuso, entre otras cosas:

3.1.- Que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

3.2.- Que la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, del Estado venezolano y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbres y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas írritas y lamentables acciones de agresión.

3.3.- Que esas acciones injerencistas generan responsabilidad internacional para los Estados Unidos de América y para las autoridades respectivas que las han desplegado o han ayudado a desplegarlas; incluso, pudieran generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

3.4.- Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

El fundamento de esa sentencia, el cual es aplicable en gran medida al presente asunto, en virtud de que en ambos casos, los actos que determinan el pronunciamiento de Sala constituyen acciones injerencistas que vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional y que pudiesen generar responsabilidad internacional (inclusive, el decreto *sub examine* utiliza como sustento, entre otras, la ley foránea que dio lugar a la referida sentencia N° 100/2005 de esta Sala), es el siguiente:

[...]

Así como “*los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como ‘ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014’, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales*”; obviamente el Presidente de ese país tampoco tiene jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para dictar decretos con aplicación y con afectación hacia la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

Asimismo, se observa que el decreto *sub examine* vulnera el derecho de autodeterminación de los pueblos y, en general, todas las fuentes del Derecho Internacional, así como también contraría la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad.

[...]

En tal sentido, el referido decreto pudiese generar responsabilidad internacional y nacional para los Estados Unidos de América y para la autoridad que lo dictó, así como para todos los que lo han aplicado y lo que induzcan o cooperen con su aplicación; incluso, pudiesen generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

Que la República Bolivariana de Venezuela no representa amenaza para ningún Estado ni Pueblo del mundo, al contrario, el Estado y sus habitantes, gran cantidad de ellos extranjeros, durante todos estos años han propiciado acciones tendentes a la paz, a la integración y a la solidaridad entre los pueblos, de América y del mundo entero, en correspondencia con lo dispuesto en la Constitución de la República, en cuyo Preámbulo, por ejemplo, se señala, lo siguiente:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, **la paz**, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación,

a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la **cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad**; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente CONSTITUCIÓN (*omissis*).

Que, tal como esta Sala asentó en la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven y sigan coadyuvando a tutelar esos derechos que también les asisten como pueblos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

Que el Decreto “Orden Ejecutiva” señala en su anexo a siete (7) funcionarios venezolanos que han ocupado cargos de altas responsabilidades en organismos de seguridad en el Poder Ejecutivo y en el Poder Ciudadano, específicamente, en el Ministerio Público, órgano que además de ser independiente al Ejecutivo Nacional, es encargado de ordenar y dirigir la investigación penal, bajo las garantías fundamentales del debido proceso, para así garantizar, junto a otros Poderes Públicos, que no exista impunidad y lograr la Justicia.

Así pues, tales señalamientos directos a estos funcionarios o a cualquiera que en el presente o en el futuro ocupe dichos cargos, tienen un claro objetivo de intimidación dirigido a impedir u obstaculizar el cumplimiento cabal y eficiente de sus funciones en la Seguridad de la República y verdadero resguardo de los derechos humanos del Pueblo venezolano.

Que el decreto “Orden Ejecutiva” es simplemente un instrumento derivado y sustentado en la Ley para la Defensa de los Derechos Humanos y Sociedad Civil de Venezuela 2014, para que el gobierno de los Estados Unidos pueda de manera unilateral desplegar actuaciones contra el Estado Venezolano y sus habitantes, por lo cual, no solo se debe exigir la anulación del Decreto, sino la derogatoria de la ilegítima Ley que lo sustenta y que fue elaborada por el Congreso de los Estados Unidos, especialmente para imponer su hegemonía imperialista en contra de los venezolanos, las venezolanas y demás habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

Que este Decreto ha sido tan arbitrario, desproporcionado e injurioso a la conciencia de la humanidad, que ha sido una de las acciones de Estados Unidos de América que, desde su creación, ha recibido más objeciones y repudio por parte de otros países, de organizaciones internacionales, de agrupaciones de personas, de líderes políticos, religiosos y sociales en general, y, en fin, por parte del mundo; circunstancia observada por esta Sala, en virtud de que ello, al igual que otros elementos similares señalados en esta sentencia, es público y notorio, conforme a su jurisprudencia inveterada.

[...]

Por las razones de hecho y de derecho antes expuestas, es deber de esta Sala, señalar:

1. Que el decreto “Orden Ejecutiva” emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de América, del 9 de marzo de 2015, suscrito por el Presidente de ese Estado, carece de legitimidad respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus habitantes.

2. Que el referido decreto “Orden Ejecutiva” vulnera todas las fuentes del Derecho Internacional, y contraría la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad.
3. Que ese decreto contradice los derechos humanos de los venezolanos y las venezolanas, y, en general, de todos sus destinatarios.
4. Que cualquier acto desplegado por los Estados Unidos de América o por cualquier persona o entidad, basándose en el referido Decreto “Orden Ejecutiva”, no tiene validez respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus habitantes.
5. Que el referido decreto pudiese generar responsabilidad internacional y nacional para los Estados Unidos de América y para quien lo dictó, así como para todos los que lo han aplicado y los que induzcan o cooperen con su aplicación; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.
6. Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (5.1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (5.2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (5.3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (5.4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven y sigan coadyuvando a tutelar esos derechos que también les asisten como pueblos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *Garantía de Igualdad ante la Ley. Principio de igualdad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

La igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual.

En lo que se refiere a la vulneración del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, delatada por la parte actora, se observa:

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

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”

Respecto al sentido y alcance de la norma antes transcrita, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 266 del 17 de Febrero de 2006. Caso: *José Joel Gómez Cordero*. Exp. N° 05-1337, asentó:

“... en cuanto a la vulneración del contenido del artículo 21 constitucional, específicamente con relación a la presunta desigualdad que genera la norma que se pretendió desaplicar en el presente caso, esta Sala estima que la señalada norma constitucional consagra el denominado principio de igualdad -específicamente en su primer cardinal-, así como las garantías para su debida protección.

... el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan 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.

... 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- (*vid.* sentencia N° 898/2002, del 13 de mayo). 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.

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

... el respeto al principio o derecho subjetivo 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 de 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. (*vid.* sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

... 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, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca 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... .

... con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo 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 de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento 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 ley 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.”

Asimismo, en sentencia N° 486 del 24 de mayo de 2010. Caso: *Emérito Playonero Caido*. Exp. N° 09-0870, esta Sala señaló:

“... la Constitución de la República propugna la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, entre sus principios fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículos 1 y 2)’.

‘En atención a tales enunciados, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previó lo siguiente: ‘Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. **No se permitirá discriminaciones** fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona. 2. **La ley garantizará las condiciones** jurídicas y administrativas **para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas** a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.

‘De lo anterior se colige que la disposición constitucional en el cardinal 1, establece una prohibición expresa y absoluta de las discriminaciones, y en atención a ello, en el cardinal 2, preceptúa una garantía de igualdad a través de la adopción de **medidas positivas**, estableciendo condiciones jurídicas y administrativas, con el fin de que la misma sea real y efectiva.’”

Así pues, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual.

Expresar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, implica que se tienen los mismos derechos y obligaciones respecto a la sociedad y sus instituciones políticas, correspondiendo su interiorización para hacerlo valer y respetar.

Es, por tanto, un deber jurídico y de política antidelictiva continuar revirtiendo y evitando tratos desiguales injustificados, tales como los evidenciados en la referida norma preconstitucional, y, por ende, también lo es seguir tutelando de forma prioritaria a los grupos sociales económicamente desfavorecidos, y, en general, a los grupos socialmente vulnerables, las cuales han sido, precisamente, las que han venido recibiendo trato urgente y preferencial, con más contundencia y de forma inédita en la historia venezolana, desde la aprobación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la cual ha consolidado una justa distribución de las cargas, incluso en materia penal, a través de la penalización de conductas gravemente lesivas desplegadas por sectores que venían ostentado el poder, y que antes de su entrada en vigor no eran sancionados o, en todo caso, sus sanciones (las escasas que se llegaban a aplicar) eran mucho menos contundentes que las aplicadas a los sectores históricamente subordinados (sujetos “tradicionalmente” procesados por el sistema penal).

B. *Principio de igualdad y no discriminación*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

16. Expuesto lo anterior, pasa esta Sala a examinar la disposición contenida en el artículo 503 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción.”

La norma antes transcrita prevé la falta de *mendicidad en actitud amenazadora*, que constituye un tipo cualificado de la mendicidad (mendicidad agravada). En este caso, la conducta individualizada es: “*El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas...*”.

A diferencia del tipo penal contemplado en el artículo 502 del Código Penal (mendicidad supuesta), en el artículo 503 *eiusdem* no se sanciona la mendicidad por sí sola, sino que se describe conductas o actos externos que sí pudiera vulnerar bienes jurídicos penalmente relevantes como la integridad personal (física y/o psicológica), la libertad y la autonomía personal, como lo son las asociadas a la amenaza y a los vejámenes.

En efecto, el tipo previsto en el artículo 503 no criminaliza la mendicidad en sí misma, es decir, no señala como punible una simple condición humana, sino tipifica la actitud del que mendiga amenazando o vejando a otra persona, lo cual incide, *in abstracto*, en la integridad y o libertad del sujeto pasivo de esa acción.

Sin embargo, el artículo 503 exige una especial interpretación conforme a la Constitución, en garantía a los principios de legalidad penal, seguridad jurídica, responsabilidad por la conducta, no discriminación, culpabilidad y subsidiariedad, y con los derechos al respecto de la autonomía y la dignidad personal.

En tal sentido, los principios de primacía de la realidad; presunción de validez y estabilidad de la legislación; unidad, coherencia y mantenimiento del ordenamiento jurídico; supremacía constitucional y utilidad y necesidad de la intervención estatal, exigen que las disposiciones sean interpretadas y aplicadas racionalmente y, en fin, conforme a la Constitución, con el objeto de procurar mantener las normas dictadas por la autoridad competente y de comprenderlas y aplicarlas conforme al Texto Fundamental, de manera tal que aquellas lo desarrollen o, al menos, no lo contradigan.

Al respecto, en sentencia N° 962 del 9 de mayo de 2006, caso: *Cervecería Polar, Los Cortijos, C.A. y otros*, esta Sala señaló lo siguiente:

“... la interpretación normativa en general y para el caso concreto, el análisis de la constitucionalidad de la norma transcrita, es una actividad que, tal como señaló esta Sala en la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2002, en el expediente N° 02-2154, caso *Fiscal General de la República*, debe desarrollarse *in totum*, es decir que **la norma es interpretada a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste.**”

Así, **la hermenéutica jurídica debe realizarse en el complejo global del derecho positivo**, pues de otro modo no es posible desentrañar el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador. Ello implica, tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse.

De este modo, el principio general de interpretación de la Ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, según el cual:“(...) *a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)*, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal.

Conforme a lo expuesto, la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría denomina como “fuentes significativas” del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

De allí, que el Tribunal Constitucional alemán haya sostenido que **es valioso el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución**, ello en razón del **principio de unidad del ordenamiento**, a tenor del cual el orden de valores consagrados en el Texto fundamental debe ser investigado y descubierto en cada norma legal.

Ciertamente, toda normativa debe interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio de los valores primarios del Estado, pues tal como señala González Pérez, el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios, y por ello, el jurista ni puede limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, ni debe circunscribirse a sistematizarla con arreglo a principios lógicos, ya que la unidad del ordenamiento está basada en los principios rectores del Ordenamiento que le informan y dan unidad.

Esta fórmula interpretativa también es recogida por Marienhoff quien, al discernir sobre el conocimiento del derecho, nos enseña que resulta menester descubrir los principios generales y establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor.

Asimismo, Maurice Hauriou sostiene que la interpretación de las reglas jurídicas no debe tomar un sentido excesivamente literal, pues ello podría retrocedernos al más negro formalismo de las legislaciones primitivas. Planteamiento éste sobre el cual desarrolla que frente a una aparente antinomia debe tenderse al estudio de la voluntad jurídica del legislador, lo cual se logra mediante una reconstrucción de las circunstancias concomitantes que permiten aprehender el valor real de la norma, a través de la aplicación lógica de los principios.

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este Planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

De este modo, podemos observar cómo el referido valor normativo de la Constitución recoge lo que García de Enterría califica como valores superiores del ordenamiento jurídico, y que Souza designa como plano superior de juridicidad, conceptos estos conforme a los cuales se configura el Estado constitucional de derecho, en el cual el poder del Estado debe ser ejercido de manera axiomática, en concordancia con los postulados fundamentales.

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la *norma normarum*, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

En este contexto hermenéutico, tal como señaló esta Sala el 29 de abril de 2005, en el caso Gaetano Minuta Arena y Rosa Santaromita, expediente N° 05-367, no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad que tiene el intérprete de la Constitución de actuar con pleno conocimiento de la realidad social, pues la protección efectiva de los derechos fundamentales no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino de la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir.”

Siendo así, estima la Sala que la disposición contenida en el artículo 503 del Código Penal debe ser interpretada y aplicada conforme a la Constitución, y, en tal sentido, el término “actitud” debe entenderse como una conducta externa y no como un estado de ánimo o una situación interna o subjetiva sin reflejo en el mundo exterior.

Por otra parte, el elemento típico “repugnante” (del ant. part. act. de repugnar; lat. *repugnans*, -antis) significa 1. adj. Que repugna. 2. adj. Que causa repugnancia (||aversión). A su vez, repugnancia (del lat. *repugnantia*) es un término que tiene diversas acepciones: 1. f. Oposición o contradicción entre dos cosas. 2. f. Tedio, aversión a alguien o algo. 3. f. asco (|| alteración del estómago). 4. f. Aversión que se siente o resistencia que se opone a consentir o hacer algo. 5. f. Fil. Incompatibilidad entre dos atributos o cualidades de una misma cosa (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*).

Como puede apreciarse, además de la multivocidad e imprecisión del término en cuestión, se estima que la repugnancia, más que un acto, expresa una situación que, además, no se muestra penalmente relevante desde la perspectiva sustancial o material (no formal), toda vez que la imprecisa condición de repugnante no debe entenderse como una afrenta a bienes jurídicos que ameriten tutela penal.

Como puede apreciarse, la carga ideológica que tiene la palabra repugnante, en el contexto del artículo *sub examine*, corresponde a un tipo social esquematizado y totalmente subjetivo, revelador de una posición discriminadora, excluyente y arbitraria, incompatible con el Texto Fundamental.

En razón de ello y, en fin, de la necesidad de tutelar los principios de legalidad, seguridad jurídica, exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, responsabilidad por el hecho, culpabilidad, igualdad y dignidad (*vid. supra*), esta Sala debe declarar nulo el término “repugnante” contenido en el artículo 503 *eiusdem*, razón por la que no debe ser tenido en cuenta al momento de valorar la responsabilidad penal, en lo que respecta al tipo penal en cuestión (en sentido similar, ver, entre otras, sentencia de esta Sala, sentencia del 15/2003).

[Véase en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 en pp. 170 y ss.]

En consecuencia, y conforme a la labor hermenéutica antes desarrollada, en lo sucesivo el encabezado del artículo 503 del Código Penal deberá leerse del siguiente modo:

“Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora o vejatoria por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción.”

Siendo así, se concluye que, en este aspecto, resulta parcialmente procedente la pretensión anulatoria de la parte actora, y así se declara.

C. *Garantía de acceso a la justicia. Igualdad*

TSJ-SC (585)

12-5-2015

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Pedro Luis Pérez

En el caso de autos, se ha interpuesto un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 472, del 21 de diciembre de 1955, el cual establece:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.

El Tribunal, si encontrare probada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costas de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.

El informe del comisario se consignará en la Secretaría del Tribunal. Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento.

En caso contrario, acordará la convocatoria inmediata de la Asamblea.

Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un sólo efecto”.

Con relación al artículo 291 del Código de Comercio, antes transcrito, la Sala Constitucional en sentencia N° 809 del 26 de julio de 2000, determinó la naturaleza jurídica del procedimiento contemplado en la referida norma, al considerar lo siguiente:

“Estima esta Sala que el procedimiento contemplado en el artículo 291 del vigente Código de Comercio puede admitirse como **un procedimiento de jurisdicción voluntaria por encontrarse impetrado de dos de las características propias y fundamentales de los mismos, a saber, que las decisiones que adopte el juez en dichos procesos no crea cosa juzgada, y que no exista verdadera contención**; pero lo que distingue finalmente uno del otro es que en el proceso de jurisdicción voluntaria se tutela en forma unilateral un interés. Así enseña el ilustre procesalista Francesco Carnelutti:

‘Por otra parte, si el presupuesto del negocio está constituido necesariamente por uno o varios conflictos de intereses, aquel, a diferencia de la *litis*, es esencialmente unilateral porque se trata de la realización de un acto para la tutela de un interés y no de la prevalencia de uno sobre otro’ (ver Francesco Carnelutti. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 1942. p. 45).

Efectivamente, la decisión tomada por el juez en dicho procedimiento se limita a constatar las supuestas irregularidades en el cumplimiento de sus deberes, por parte de los administradores, y las faltas de vigilancia de los comisarios, no pudiendo aquél obligar a la asamblea a decidir a favor de los denunciantes mediante sentencia de condena.

Clarificadora al respecto es la opinión del profesor Ricardo Henríquez La Roche, el cual explica:

‘La constatación judicial de las irregularidades u omisiones no supone en ningún caso una condena judicial a decidir en determinada forma en la asamblea. Si así fuera, el legislador no hubiera procedido con eufemismo al redactar el texto, y hubiera dispuesto sin más que el juez podrá remover los administradores o comisarios, sin perjuicio de indemnización a los socios

perjudicados. Pero es claro que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede proferirse una sentencia de condena a hacer cosa determinada o a suplir la actitud remisa de los accionistas mayoritarios, tomándose, en lugar de ellos, una decisión judicial vinculante para todos los accionistas' (ver Ricardo Henríquez La Roche. *Las Medidas Cautelares*, Editorial Universitaria (EDILUZ), Maracaibo, 1990, p. 81).

Igualmente se puede constatar que **en este procedimiento no existe verdadera contención, pues, el juez se limita a oír la opinión de los administradores, sin que se contemple en dicho procedimiento que éstos tengan oportunidad para refutar tales denuncias mediante una contestación en forma**; además, este procedimiento no se inicia por libelo de demanda, sino mediante una simple denuncia de los hechos que se estiman como irregulares en la administración de la sociedad por parte del accionista que se considere afectado, y por eso para tal denuncia no se exige al denunciante que cumpla en ella, con los requisitos establecidos en el artículo 340 del vigente Código de Procedimiento Civil...". (Resaltado del presente fallo)

Asimismo, la Sala Constitucional en sentencia N° 1923 del 13 de agosto de 2002, con respecto a la denuncia de irregularidades administrativas, estableció lo siguiente:

"...Como se puede observar del análisis de la norma que antes fue transcrita [artículo 291 del Código de Comercio], la finalidad de la misma es la salvaguarda de los derechos de las minorías societarias, para cuyo fin, en caso de que a juicio del juez existan o no fundados indicios sobre la veracidad de la denuncias, la providencia judicial definitiva está dirigida a acordar o no la convocatoria de una asamblea extraordinaria; de allí que, según el autor Levis Ignacio Zerpa, 'la actuación del Juez está limitada a resolver si procede o no la convocatoria de la asamblea', en la cual, en caso de que sea acordada, se ventilará si, efectivamente, existen o no las irregularidades que sean denunciadas, así como todo lo que se considere pertinente. Es decir, no le está dado al juez pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco imponer a la asamblea las medidas que se deben tomar, por cuanto ésta no es la finalidad de la norma, la cual resguarda el derecho constitucional a la libre asociación. Es por ello que, como **no se trata de un juicio donde exista contención o conflicto intersubjetivo de intereses, la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, sólo está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios minoritarios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias**; de allí que el Juez tenga facultades bien limitadas, cuales son: a) ordenar, luego de que escuche a los administradores y comisario, la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios; b) luego de visto el informe del o los comisarios, puede: b.1) en caso de que a su juicio no existan indicios sobre la veracidad de las denuncias, declarar la terminación del procedimiento; y b.2) si, por el contrario, existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea...". (Resaltado del presente fallo)

Ahora bien, el principal argumento de la parte recurrente consiste en que, la norma del artículo 291 del Código de Comercio, coarta "...el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detentan en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social".

Por su parte, la representación de la Asamblea Nacional manifestó que ese quórum era necesario para el normal desenvolvimiento de la compañía y que los socios minoritarios podían acudir ante el comisario para denunciar las irregularidades en la administración, conforme al artículo 310 *eiusdem*.

Al respecto, esta Sala Constitucional, en decisión N° 1420 del 20 de julio de 2006, efectuó un análisis de los derechos de los socios minoritarios, en los siguientes términos: (VERIFICAR SI ESTÁ PUBLICADA, Y SI LO ESTÁ, *OMISSIS* Y REFERENCIA).

“En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

Los derechos de los accionistas minoritarios y la manera de ejercerse, a juicio de esta Sala, no atentan contra el derecho a asociarse con fines lícitos, que prescribe el artículo 52 constitucional, ya que el Estado, por medio de sus Poderes -entre éstos, el Judicial- está obligado a facilitar ese derecho y a tal fin la interpretación constitucional actúa como una herramienta al garantizarle a quienes se asocian el cumplimiento de los valores que impone el ordenamiento jurídico.

La comprensión de la empresa societaria como una entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo de sus socios, queda plasmada en una amplia tendencia -ya casi global- que señala que su responsabilidad trasciende también en aquellas personas involucradas en el negocio: trabajadores, proveedores, clientes, competidores, etcétera.

Bajo este nuevo esquema, la empresa pasa a ser concebida como un importante motorizador de la economía con un impacto social fundamental y de allí que los Estados hayan comenzado a regular un conjunto de instituciones que permitan imponer -también dentro del ámbito societario- conductas éticas que resguarden los intereses de todos los que forman parte de ese amplio espectro de afectados -directo o indirectamente- por el desarrollo del negocio.

Es así como, a raíz de escándalos financieros globales como los conocidos casos de Enron y Worldcom -por referir a los más conocidos en el pasado reciente- han cobrado un nuevo empuje las mejores prácticas postuladas por el denominado «Buen Gobierno Corporativo», como un sistema que permita velar la satisfacción cabal de los fines sociales (en la amplia dimensión ya referida), permitiendo que las empresas obtengan altos índices de eficiencia y rendimiento al establecer pautas de transparencia que permitan a los interesados conocer la manera en que los directivos las gestionan y poner a su disposición mecanismos para resolver los conflictos de intereses que pudieran generarse para que -en definitiva- se propenda a un equilibrio «hacia adentro» de la empresa, que redundará en una positiva proyección de la actividad empresarial «hacia fuera».

En este entorno, apunta la Sala, la protección de los accionistas minoritarios cobra particular importancia y en ella colocan un énfasis especial las mejores prácticas referidas, pues se destinan fundamentalmente a impedir que quienes se hagan del control de la compañía lo utilicen -no en beneficio de la sociedad- sino en la satisfacción de sus propios intereses, a expensas de los minoritarios u otros integrantes del circuito económico (cfr. WIGODSKI, Teodoro y Franco ZÚÑIGA. Gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de Opas [En línea] Revista de Ingeniería de Sistemas, Departamento de Ingeniería industrial, Universidad de Chile, Volumen XVII, N° 1, Julio 2003 [Citado: 20 de junio de 2006] Disponible en www.dii.uchile.cl).

Por sólo mencionar el ámbito iberoamericano, países como Colombia, Chile, España, México, Panamá y Perú, han dado cuenta de estos principios a través de recientes reformas a sus leyes mercantiles, incorporando esta clase de mecanismos destinados -por una parte- a brindar independencia a sus directivos y a sus respectivas instancias de inspección (auditoría) respecto de los accionistas de las empresas que gestionan y -por la otra- permitir el acceso a la información relevante acerca de la gestión que éstos desarrollan, a todos los accionistas sin discriminación, entendiendo que el mayor conocimiento que éstos posean al respecto, garantiza su cabal participación en las instancias deliberantes de las empresas y, por tanto, el pleno ejercicio del derecho al voto en el seno de las mismas (*Vid.* MUÑOZ PAREDES, José María. El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia [en línea]. Diario La Ley N° 6078, Año XXV, 03-09-2004, Ref. D-174, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com; y QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia. Protección del Accionista Minoritario como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la Globalización [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVII, N° 109, enero-abril 2004 [Citado: 20 de junio 2006] Disponible en www.ejournal.unam.mx).

En el caso de España, la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, incorporó las directrices impartidas por la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, fundamentalmente dirigidas a proteger al accionista minoritario, permitiéndole -entre otras cosas- a un mínimo del cinco por ciento (5 %) de los accionistas solicitar al Registrador Mercantil, con cargo a la sociedad, el nombramiento de un Auditor de Cuentas para determinado ejercicio o la revocación del que fuere designado por la Junta General. Asimismo, se concede a los minoritarios -con una exigencia mínima del porcentaje indicado- la posibilidad de ejercer, en protección de los intereses de la sociedad, la acción de responsabilidad en contra de sus administradores y, en general, se les brinda suficiente legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y solicitar su correspondiente suspensión cautelar (*Vid.* BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Décima edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2000, pp. 264-271).

La protección del accionista minoritario ha sido reforzada a tal punto que el ordenamiento penal español, dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, cataloga como un hecho típico la adopción de acuerdos sociales abusivos, criminalizando la actitud defraudatoria de quienes prevaleciendo de su condición mayoritaria dentro de los órganos de la empresa y con ánimo de lucro propio o ajeno, adopten acuerdos en perjuicio de los demás socios (URRAZA ABAD, Jesús. La adopción de «acuerdos abusivos» como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil [en línea]. Diario La Ley, 1996, Ref. D-290, Tomo 5, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laley nexus.com).

Otro ejemplo interesante se da en el caso colombiano, en el que la reforma efectuada a su Código de Comercio en 1995 incorporó un régimen especial de supervisión y vigilancia sobre las sociedades controladas, entendiéndose por éstas aquellas en las que el poder de decisión de la Asamblea está sometido -directa o indirectamente- a la voluntad de una sociedad matriz controlante, de un grupo empresarial o incluso de una o varias personas naturales. Al amparo de este estatuto, se ha querido trascender la ficción de «democracia societaria» que permitiría a los grupos de control imponer sus decisiones en perjuicio de los minoritarios, protegiendo ostensiblemente los derechos de éstos (Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en Sala Plena. Sentencia N° C-707, de 6 de julio de 2005 [en línea, citado: 20 junio 2006] Disponible en www.ramajudicial.gov.co).

IV

En nuestro sistema, dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio, los accionistas minoritarios, en materia de compañías anónimas, tienen los siguientes derechos:

- 1) Ser convocado y actuar en las Asambleas (artículo 275 del Código de Comercio).
- 2) Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva Asamblea decida el punto (artículo 290 *eiusdem*).
- 3) **Los socios que representen la quinta parte del capital social, pueden denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los Comisarios (artículo 291 del Código de Comercio); y**
- 4) Denunciar a los Comisarios los hechos de los administradores que crean censurables. Si la denuncia ha sido efectuada por socios que representan una décima parte del capital social y los Comisarios consideran fundada y urgente la denuncia, deben convocar inmediatamente a una Asamblea para que decida sobre lo reclamado.

De estos derechos, los accionistas minoritarios no pueden ejercer algunos, si no alcanzan a representar una décima o quinta parte del capital social lo que ya supone una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

(...)

Sólo interpretando de esta forma las normas, a favor de cualquier accionista, los diversos artículos del Código de Comercio se adecuarían al vigente texto constitucional.”
(Resaltado del presente fallo)

De la transcripción de los fallos que anteceden, esta Sala observa que, la norma cuya nulidad se demanda regula un procedimiento no contencioso, destinado a la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, por lo cual aquellos socios que ostenten un mínimo de la quinta parte del capital social puedan alertar al juez de comercio, para que luego de oído a los administradores y al comisario, convoque o no a una asamblea de accionistas, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente a la sociedad, quedando cerrado el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detenten en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social.

En este sentido se aprecia que si bien los accionistas minoritarios podrían acudir a presentar sus denuncias ante el comisario, conforme al artículo 310 del Código de Comercio, tal como lo señaló la representación de la Asamblea Nacional, ello no les permite acceder a los órganos jurisdiccionales ante la falta de acción de dichos comisarios, pues éstos sólo están obligados de informar del reclamo a la Asamblea si los accionistas reclamantes tiene más de la décima parte del capital social o ellos la estiman fundada, por lo que sus sospechas o denuncias podrían incluso quedar silenciadas a discreción del comisario; de allí que se les somete a utilizar un sistema mediatizado, esto es, a través de órganos internos de la compañía, que no satisface los requerimientos de acceso a la justicia, ya que, tal como está concebido, no provee de una razonable oportunidad para su ejercicio.

Es de notar que, esta limitación a los socios minoritarios fundada en el capital, que data desde la publicación del Código de Comercio en 1955, resulta contraria a la Constitución de 1999, en la cual se instauró como regla primordial, la posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a toda persona, para cualquier tipo de procedimientos judiciales, incluso aquellos asuntos correspondientes a la jurisdicción voluntaria, siempre que se cumplan los requisitos previamente establecidos para su ejercicio dentro de la legislación.

Ciertamente, la Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961 y de las Constituciones anteriores, consagró en su artículo 26 y por primera vez en forma expresa, el derecho de acceso a la justicia, ligado indisolublemente al artículo 257 de la Carta Magna, el cual contempla al proceso como instrumento de justicia que viene a satisfacer al mismo tiempo el interés individual comprometido por el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la actividad jurisdiccional; por lo cual, siendo su fin último la tutela de los derechos, no se podría permitir el sacrificio de la tutela jurisdiccional, bien porque la práctica desnaturalice los principios que lo constituyen o porque sea la propia ley la que, por su imperfección, impida tal función tutelar, pues de ser así, el proceso fallaría en su cometido, toda vez que, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión judicial, y jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia.

Por tal motivo, la Constitución consagra la existencia de un debido proceso como garantía de la persona humana, de modo que, los preceptos que instituyen al proceso se crean en atención a los lineamientos constitucionales, a objeto de hacer efectivo el control constitucional de las leyes. Así las cosas, si una ley procesal o material instituye una forma que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho subjetivo, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el artículo 21 del Texto Fundamental consagra el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en los términos siguientes:

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

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.

Como se puede observar la Carta Magna impone como regla el principio de igualdad y exhorta a la ley para que expresamente garantice las condiciones jurídicas y administrativas para que esa igualdad sea auténtica, real y efectiva.

Sobre este particular, la Sala mediante decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006 ha enfatizado el principio de igualdad en los siguientes términos:

“De este modo, nuestro sistema se adhiere por convicción y por tradición a la concepción post-revolucionaria de finales del siglo XVIII, de acuerdo a la cual el principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Con ello, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se alinea con la filosofía igualitarista de la Revolución francesa, reconociendo expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

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

(Omissis)

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

De lo anterior se colige que en la Constitución de 1999 se redujo la posibilidad del legislador de establecer restricciones, excepciones o privilegios que no se justifiquen entre el trato dado a unos y otros, pues la única diferencia que se permite al respecto es el trato desigual de los desiguales (ver decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006).

En este sentido, todos los accionistas que deseen denunciar irregularidades administrativas dentro de su empresa, deben ser tratados de forma igualitaria, pues el diferenciarlos y limitarles sus derechos por el solo hecho de contar con un capital social reducido no es una desigualdad justificada. Su interés en el bienestar de la compañía y de su correcto funcionamiento es igualmente legítimo.

Del análisis anterior, esta Sala infiere que las disposiciones del artículo 291 del Código de Comercio, en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios minoritarios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan el quórum calificado exigido por la mencionada norma, ya que los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre las irregularidades cometidas por sus administradores en la sociedad, por lo que haciendo un análisis progresista conteste con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el artículo 2 de nuestra Constitución, se debe anular el mencionado requisito. Así se decide.

En consecuencia, esta Sala Constitucional **modifica el contenido del primer párrafo** del artículo 291 del Código de Comercio, en lo concerniente a la eliminación del requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente forma:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, los socios podrán denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.”

A la luz de los criterios anteriores, se debe declarar parcialmente con lugar el recurso de nulidad de autos, toda vez que se acogió la denuncia de inconstitucionalidad del requisito exigido en el primer párrafo de la norma impugnada, mas se desecha la solicitud de nulidad del resto de su contenido por no haber sido objeto de denuncia alguna. Así se declara.

Voto Salvado Carmen Zuleta De Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por las razones que se explanan a continuación:

La mayoría sentenciadora declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Pedro Luis Pérez Burelli, contra el artículo 291 del Código de Comercio porque consideró, que el quórum establecido en el primer párrafo del mismo resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan, ya que, en su criterio, los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre irregularidades cometidas por los administradores en la sociedad.

En criterio de quien disiente, se trata de un presupuesto procesal que el legislador estableció en el ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa en materia procesal, que supedita el acceso a la justicia a una condición razonable, no arbitraria, desigual ni desproporcionada, como lo es la de exigir un número de socios que represente la quinta parte del capital social (20%), para poder denunciar ante el tribunal de comercio hechos que -en su criterio- configuren graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios.

La declaratoria de nulidad del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio se enfocó en el tema del abuso de las mayorías, obviando que desde hace ya algún tiempo se ha abierto el paso (y especialmente en el Derecho Comparado) a importantes construcciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, acerca del abuso de las minorías, ante la búsqueda de un difícil equilibrio frente al rigor -que no impide su eficacia- del principio mayoritario imperante en las sociedades anónimas.

En efecto, en el fallo del que discrepo, se dejó de considerar que el establecimiento del quórum a que se refiere la norma no obedece a un simple capricho del legislador, y que su finalidad no es otra que la búsqueda de un equilibrio que garantice la funcionalidad del ente societario, procurando evitar su paralización mediante actitudes obstruccionistas por parte de socios minoritarios, que han asumido un riesgo menor, es decir, lo que se quiso fue evitar situaciones de abuso de minoría, vetos injustificados e incompatibles con una gestión eficiente de la empresa que, en definitiva, puedan traducirse en chantaje u hostigamiento, con el único objetivo de favorecer sus propios intereses en detrimento del resto de los accionistas.

En materia societaria, la voluntad de la minoritaria debe, por regla, someterse a la de la mayoría, esto es un principio básico o elemental que rige en materia societaria que se denomina “*principio de las mayorías*” o “*principio mayoritario*”.

Se trata de un recurso técnico práctico que en modo alguno quebranta el derecho a la igualdad que no solamente implica dar trato igual a personas o situaciones iguales, sino también dar un trato diferente a personas o situaciones distintas, por lo que mal puede equiparse la situación en la que se encuentran los accionistas minoritarios con la de los accionistas mayoritarios, ni mucho menos pretendérseles dar un mismo tratamiento.

Quien discrepa debe acotar que en una sociedad mercantil quien mayor capital aporta, lógicamente debe contar con un mayor poder de decisión y control sobre su manejo, de allí que la mayoría en las asambleas, no se forma por mayoría de personas, sino por la mayoría de participaciones de capital que cada uno posea, por lo que la supresión del quórum que establecía el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio desconoce dicho principio, lo que resulta inconveniente para el sano funcionamiento de las sociedades mercantiles en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto favorece situaciones litigiosas innecesarias.

La minoría cumple, en lo interno de la sociedad, una importante misión de control que debe ser contenida en sus justos límites, de allí que se deba procurar un adecuado equilibrio entre el principio mayoritario y la protección de las minorías evitando, de esta forma, el ejercicio abusivo de sus derechos. Tal punto de equilibrio estaba establecido racionalmente en el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio por lo que la pretensión de nulidad deducida debió haber sido declarada sin lugar.

D. *Garantía del debido proceso*

a. *Presunción de Inocencia*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

11.- Aunado a ello, al no existir una conducta como elemento base del injusto penal, no existiría soporte que sostenga la culpabilidad, circunstancia que lo convierte en una especie de tipo penal de sospecha, sustentado en el peligrosísimo y en la predelictualidad, contrario, por ende, al principio de presunción de inocencia, el cual exige la comprobación de un injusto culpable, como soporte lógico de la responsabilidad penal.

Como bien señala la representación de la Defensoría del Pueblo, el *principio de culpabilidad* se encuentra íntimamente vinculado al *principio de presunción de inocencia*, consagrado en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que este último es uno de los sustratos conceptuales y axiológicos sobre los cuales se construye aquél.

La mencionada norma constitucional establece:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(...)

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.”

La presunción de inocencia impide presuponer o tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un juicio previo, oral y público, en los términos previstos en el Código Orgánico Procesal Penal.

Aquella se configura como el derecho del imputado a no sufrir una condena, a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable.

La eficacia garantista de la presunción de inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también frente al legislador. En otras palabras, dicho principio se proyecta como un límite a la potestad legislativa, y, a la vez, como un criterio que condiciona las interpretaciones de los textos legales.

Sobre los alcances de la presunción de inocencia, esta Sala considera oportuno reiterar lo establecido en la sentencia N° 1.718, del 29 de noviembre de 2013. Caso: *Luis Antonio Bastidas*. Exp. N° 13-0272, a saber:

“Efectuadas las anteriores reflexiones, pasa esta Sala a analizar los alcances de la presunción de inocencia, y al respecto se observa que ésta abarca cualquier etapa del procedimiento de naturaleza sancionatoria, tanto en el orden administrativo como judicial, dado que si bien el contenido de la presunción de inocencia se refiere primordialmente a la prueba y a la carga probatoria, también se extiende al tratamiento general que debe darse al imputado a lo largo de todo el proceso (sentencias 2.425/2003, del 29 de agosto; 77/2011, del 23 de febrero; y 1.744/2011, del 18 de noviembre).

En este orden de ideas, la presunción de inocencia posee las siguientes implicaciones: a) Que la declaratoria de responsabilidad de toda persona sujeta a un proceso sancionatorio, debe estar precedida, necesariamente, de la prueba de los hechos que se le imputan, y que a aquélla se le permita desvirtuar tales hechos, a través de la apertura de un contradictorio, utilizando para ello todos los medios de prueba que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir; b) Que a esa persona se le confiera un trato de inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada (sentencia 1.744/2011, del 18 de noviembre).

En el proceso penal, la presunción de inocencia se desvirtúa cuando el Juez de Juicio, una vez examinados los argumentos de las partes y el acervo probatorio, ha obtenido un grado de certeza y con base en ello ha construido y declarado la culpabilidad del acusado. Para tal declaratoria, el órgano jurisdiccional debe haber previamente comprobado que el hecho es sustancialmente igual a la descripción fáctica establecida en la ley penal como presupuesto para una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero). Ello no es otra cosa que la operación mental denominada subsunción, es decir, la vinculación de un hecho con un pensamiento, a los fines de verificar si los elementos del pensamiento se reproducen en ese hecho (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero).”

En el campo del Derecho Penal sustantivo, dicha operación mental se materializa encuadrando un hecho bajo las categorías que configuran el edificio conceptual de la teoría general del delito, a saber, acción jurídico-penal, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como también determinando la autoría (directa, coautoría o autoría mediata) y la concurrencia de dispositivos amplificadores de la responsabilidad penal, sean de naturaleza temporal (tentativa y frustración) o personal (inducción, cooperación inmediata, complicidad necesaria y complicidad simple), todo ello a los fines de comprobar si ese hecho concreto ostenta las caracterís-

ticas esenciales de todo delito, claro está, una vez que se haya determinado cuál es el tipo de la parte especial del Código Penal -o de la legislación penal especial o colateral-, que deba aplicarse al caso concreto (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero).

12.- En relación y en suma a lo anterior, el tipo penal previsto en el artículo 502 del Código Penal representa un tratamiento discriminatorio, fundado en la condición social del sujeto, al que se le castiga por el solo hecho de ser *mendigo*, es decir, por dedicarse habitualmente a la petición de limosna a otros, lo cual no es otra cosa que sancionar un modo de conducción de vida que no es socialmente lesivo *per se*, circunstancia contraria al valor y al principio de igualdad consagrados en los artículos 2 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (exclusión por “marginación” fundada en razones socioeconómicas).

b. *Principio de legalidad en la tipificación de delitos y faltas.*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

Ratificando la jurisprudencia existente, debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta*).

7. Por otra parte, observa esta Sala que el mencionado tipo penal impugnado, además de no describir la acción de mendigar, tampoco precisa qué debe entenderse por persona “no apta para el trabajo” o por persona “apta para el trabajo”.

Así pues, la disposición contenida en el artículo 502 del Código Penal no describe de forma suficientemente clara y precisa la conducta prohibida, circunstancia que se enfrenta con la exigencia de ley estricta (*lex stricta*) y, por tanto, con los principios de taxatividad y legalidad de la ley penal (*vid.* arts. 1 del Código Penal y 49.6 del Texto Fundamental), los cuales se vinculan, a su vez, con los principios del debido proceso, la tutela judicial efectiva y justicia (*vid.* arts. 49, 26, 2 y 1 *eiusdem*). Siendo así, se considera que, en este primer aspecto, le asiste la razón a la Representación de la Defensoría del Pueblo. Así se declara.

Respecto a los alcances del principio de legalidad, esta Sala en sentencia N° 885 del 8 de mayo de 2002. Caso: *Fiscal Segundo del Ministerio Público del Estado Portuguesa*. Exp. N° 01-1695, estableció lo siguiente:

“... para el castigo penal de una conducta es indispensable que la misma esté tipificada legalmente y que, asimismo, la ley le atribuya la sanción correspondiente, todo ello conforme al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que acogió el artículo 49.6 de la Constitución Nacional”.

Igualmente, en sentencia N° 1.747 del 10 de agosto de 2007. Caso: *Mónica Andrea Rodríguez Flores*. Exp. N° 06-1656, esta Sala indicó:

“El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido

configurado por la doctrina de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado”.

Ahora bien, el principio de legalidad penal se encuentra estrechamente vinculado al principio de reserva legal, y en este sentido, en sentencia N° 1.744 del 9 de agosto de 2007. Caso: *Germán Mundarain*. Exp. N° 04-2149, esta Sala señaló:

“... la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal....

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela....

... de esta primera garantía [reserva legal] se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta o lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas”.

Conforme a la jurisprudencia antes reseñada, debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta*).

Asimismo, en la última de las sentencias citadas se estableció que el principio aquí analizado abarca una serie de garantías *formales*, entre las cuales tenemos, esencialmente, las siguientes:

- a) La *garantía criminal*, según la cual todo hecho punible debe estar previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*).
- b) La *garantía penal*, que implica que toda sanción penal debe crearse, necesariamente, mediante una ley (*nulla poena sine lege*).
- c) La *garantía jurisdiccional*, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia.
- d) La *garantía de ejecución*, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

Esta Sala también estableció en dicho fallo, que del señalado principio limitador se deriva un segundo grupo de garantías, ahora de carácter *material*, que no son otra cosa que los requisitos de legitimidad que debe cumplir la ley penal, y en este sentido, ésta debe ser:

- a) Previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal.
- b) Escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la costumbre como fuente del Derecho Penal.
- c) Debe individualizar de forma cierta, concreta y determinada la conducta prohibida (en los delitos de acción) u ordenada (en los delitos de omisión), es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta*), cobrando vida en este último aspecto el *principio de taxatividad* o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

[OMISSIS]

10.- Al respecto, en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se evidencia, un *derecho penal de acto*, cuando dicha norma dispone que “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*” (Resaltado del presente fallo).

En efecto, se observa que en la norma prevista en el artículo 502 del Código Penal, tal como se indicó *supra*, no se sanciona la realización de una conducta claramente individualizada, sino la mera condición de *mendigo*, de allí que sea plausible afirmar también, por vía de consecuencia, que en tal disposición, el presupuesto de la sanción no está conformado por un hecho humano voluntario y externo que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, sino únicamente el modo en que el sujeto activo configura su vida personal, lo cual resulta contradictorio con el contenido del principio limitador anteriormente reseñado, y por ende, al numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a ello, el artículo 502 del Código Penal, además de ser contrario a los principios de responsabilidad por la conducta y culpabilidad, es antagónico al principio de legalidad penal, el cual presupone acciones u omisiones externas, socialmente dañosas.

2. *Derechos Individuales*A. *Libertad personal: Régimen de la intervención penal y valoración de la mendicidad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

..14.- Aunado a lo anterior, la norma en cuestión es refutable desde la perspectiva de los principios de idoneidad, utilidad, necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad de la intervención penal, circunstancia que pudiera explicar las acciones del Estado y la sociedad venezolana frente al fenómeno de la mendicidad, el cual no sólo está vinculado con uno de los valores cardinales del Texto Fundamental, como lo es la solidaridad (Art. 2 Constitucional), sino también con los derechos a la autonomía personal o al libre desenvolvimiento de la personalidad, así como también al respecto a la dignidad humana (arts. 20 y 3 *eiusdem*).

El principio de subsidiariedad implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso (o *ultima ratio*) para solucionar los conflictos sociales, debiéndose acudir a aquél sólo cuando sean insuficientes -o no existan- otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Igualmente, en sentencia N° 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*. Exp. N° 07-0800, esta Sala estableció que el principio de subsidiariedad se desprende del modelo de Estado Social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos esenciales “... la exigencia de **necesidad social de la intervención penal**. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección”.

Uno de los aspectos que el Estado venezolano ha abordado de forma prioritaria y perentoria en los últimos lustros ha sido la protección de las personas que se encuentran en situación de mendicidad, en correspondencia con la visión preponderantemente humanista y social del Estado que transversaliza la Constitución de 1999.

Tal ha sido la relevancia que ha dado el Ejecutivo Nacional a la garantía preeminente de los derechos de las personas en situación de mendicidad, que en el año 2006 fue creada la Comisión Presidencial “Misión Negra Hipólita”, cuyo objeto es *coordinar, promover y asesorar todo lo relativo a la atención integral de todos los niños, niñas, adolescentes y adultos en situación de calle, adolescentes embarazadas, personas con discapacidad y adultos mayores en situación de pobreza extrema, así como sus familiares de origen* (art. 1 del Decreto de creación de la referida comisión -N° 4210-, dictado por el Presidente Hugo Chávez Frías, y publicado en *G.O.* 38.358, del 13 de enero de 2006); así como también fue instaurada la Fundación Misión Negra Hipólita, dirigida a *la ejecución de planes, programas y proyectos dirigidos a la atención y formación integral de todos los niños, niñas, adolescentes y adultos, con especial énfasis en aquellos que se encuentran en situación de calle*; y, finalmente, los lineamientos dictados por la Comisión Presidencial “Misión Negra Hipólita” (art. 1 del Decreto de creación de la referida Fundación N° 5616, dictado por el Presidente Hugo Chávez Frías, y publicado en *G.O.* 38.776, del 25 de septiembre de 2007).

Resulta pertinente comparar tales acciones no punitivas sino fundamentalmente restauradoras por parte del Estado venezolano en la actualidad, con actuaciones que caracterizaron otros períodos de la historia republicana, signadas por la represión, en especial, hacia grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ejemplo, desde 1863, con la creación del primer Código Penal, en el cual se establecía un título dedicado a los “delitos” de la vagancia y la mendicidad (esta última posteriormente fue considerada una falta penal -ver, p. ej. Código Penales de 1897, 1904, 1912, 1915, 1926, 1964, 2000 y 2005), hasta llegar, por ejemplo, a la -anulada- “Ley sobre Vagos y Maleantes”, reformada por última vez, el 18 de julio de 1956, y aplicada hasta hace algunas décadas atrás; o también a las normas objeto de la presente solicitud de nulidad, las cuales datan, en esencia, de hace más de un siglo (p. ej. el art. 502 vigente tiene una redacción bastante similar a la del art. 462 del Código Penal de 1863, en cuyo texto encabezamiento se disponía lo siguiente “*El que siendo apto para el trabajo fuere hallado mendigando, será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia, el arresto podrá imponerse hasta por quince días (...)*”).

La inexistencia o escasa existencia de actuaciones penales sustentadas en el artículo 502 del Código Penal, constituye una variable vinculada al respeto de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y mínima intervención, los cuales evidencian un derecho penal de razón última (última ratio) o, en fin, un derecho penal pertinente y necesario. Es decir, tal variable se asocia a la existencia de un Texto Constitucional preponderantemente garantista y respetuoso de los derechos humanos individuales y colectivos, como lo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este contexto jurídico se observa que la mendicidad supuesta o simple debe ser objeto de control social y, por ende, de regulación, para garantizar eficazmente los derechos de quienes estén en esa condición y también de los que no, como lo ha venido siendo, sólo que no a través de la criminalización o intervención penal, o, al menos, no de la forma contenida en el artículo 502 del Código Penal, en razón de lo antes expuesto.

Con ello la Sala no pretende formular una valoración ética de la mendicidad, sino declarar unos límites constitucionales al control estatal de la misma, frente a una forma de regulación que constituye una rémora del pasado que, en el plano formal, aun no ha sido superada.

15.- Todas las circunstancias y planteamientos efectuados hasta aquí advierten que la norma *sub examine* no resiste el análisis de su constitucionalidad, evidenciando que no es legítima la intervención penal prevista en el artículo 502 del Código Penal y que la misma carece de validez por ser contraria a los referidos principios y normas fundamentales.

En consecuencia, esta Máxima intérprete y garante jurisdiccional de la Constitución, debe declarar nulo el artículo 502 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005, y fijar los efectos *ex nunc* y *ex tunc* a la presente declaratoria. Así se declara.

3. *Derechos Políticos*

A. *Pérdida de la ciudadanía*

TSJ-SC (761)

18-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

.....En atención a los precedentes jurisprudenciales expuestos, se constata que la Sala ha resuelto el alcance, contenido y aplicación de la norma comprendida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo que la misma **se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía (entre los que se encuentran los derechos políticos)** por parte de los venezolanos por nacimiento que han renunciado a la nacionalidad venezolana, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada la misma por sentencia judicial firme, por lo que tal disposición constitucional, perfectamente puede subsistir -sin que ello sea violatorio de los derechos políticos- con las limitaciones que mediante ley (en sentido estricto) se establezcan para el ejercicio de cargos públicos, ejemplo, la inhabilitación decretada por el Contralor General de la República en contra de los funcionarios que hayan sido declarados responsables en lo administrativo.

4. *Derechos Sociales y de la familia*

A. *Régimen de protección de los más débiles*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

13. Precisamente en este contexto se hace especialmente pertinente y útil la referencia a la concepción de los derechos y las garantías, como «la ley del más débil» (Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3^a. ed., Madrid, Trotta, 1999), como las herramientas que tiene quien, en un momento o condición de “debilidad”, encuentra en ellas un poder para hacer valer sus intereses jurídicos; un instrumento para protegerse o proteger a los demás, ante todo, aquellos cuya situación de debilidad social frente al poder de los demás, incluso del Estado, es más aguda y constante, como la de los mendigos y, dentro de ellos, especialmente, los grupos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Uno de esos instrumentos de protección de los más débiles lo constituye, precisamente, el Estado Social de Derecho, expresión jurídica y política que inspira y orienta de forma sobresaliente el Texto Constitucional de 1999.

Al respecto, la sentencia n. 85 de fecha 24 de enero de 2002. Caso: *Asodiviprilara*. Exp. N° 01-1274, con relación al Estado Social de Derecho refiere:

“Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por las propias leyes como **débiles jurídicos**, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos...”(Negrillas nuestras).

De lo antes expuesto se concluye que el Estado Social debe proteger a las personas que se encuentren en situación de desventaja, frente a grupos de poder o personas que poseen una situación de dominio con respecto a otros.

Así, el Estado tiene el deber de velar por las personas en situación de vulnerabilidad, como lo ha venido instrumentalizando con los programas sociales y demás acciones que ha venido desarrollando, en aras de mejorar las condiciones de vida de la población en general y, en especial, de quienes pudieren encontrarse en situación de *mendicidad*, empleando los términos del Código Penal.

El Derecho Penal y su implementación a través del sistema penal, debe ser una guía jurídica para el respeto de los derechos fundamentales que le asisten a toda persona, no pudiendo establecer criterios de criminalización que afecten principios, derechos o garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el resto del ordenamiento jurídico.

En un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la realización personal y la convivencia pacífica en la sociedad, con el menor sacrificio posible de la libertad y demás intereses jurídicos.

Esta Sala Constitucional, en sentencia N° 915 de fecha 20 de mayo de 2005. Caso: *Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta*. Exp. N° 04-2186, estableció respecto a la función del Derecho Penal, lo siguiente:

“... entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico...”

... la pena -y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.”

Ahora bien, este objetivo del Derecho Penal, para ser legítimo, lo debe procurar el Estado respetando los límites que imponen, entre otros, los principios sobre los cuales se construye dicha rama del Derecho (principios penales), que son una proyección de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto a la necesidad de dicha limitación, esta Sala estableció en la sentencia antes citada, lo siguiente:

“... para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

‘En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida -y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.’ (MIR PUIG. *Ob. Cit.*, p. 65)

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: 1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3) Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (diciendo estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización (derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En esta línea de criterio, en sentencia N° 1.632 de fecha 2 de noviembre de 2011. Caso: *Isabella M. Vecchionacce Queremel y otro*. Exp. N° 10-0659, esta Sala estableció lo siguiente:

“... el mecanismo que funge como válvula de escape a los efectos que surgen de tal tensión [entre los derechos de los ciudadanos y el interés del Estado por motorizar su reacción frente a la infracción de los mandatos y prohibiciones contemplados en la ley penal], es el sometimiento del ejercicio del poder punitivo del Estado a los límites derivados del modelo de Estado social, democrático de Derecho y de Justicia consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional. En tal sentido, si bien dicho poder estatal es otorgado por la Constitución, al mismo tiempo la extensión de dicho poder debe estar limitada por una serie de principios que están al servicio de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (valores superiores éstos del ordenamiento jurídico), y que se encuentran consagrados tanto en la propia Constitución como en tratados internacionales suscritos por la República. Así, en esta forma de organización estatal, las autorizaciones o facultades otorgadas a los órganos estatales nunca son ilimitadas; por el contrario, toda autorización sólo se concede en los límites que la Constitución y la ley definen y toleran.

... entre los límites axiológicos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas implicaciones abarcan tanto la dimensión sustantiva como procesal del ámbito jurídico-penal, podemos resaltar, a título de ejemplo, la prohibición de establecer o aplicar la pena de muerte (artículo 43), la inviolabilidad de la libertad personal, salvo en los supuestos en que la propia Constitución lo autoriza (44.1), el principio de intrascendencia de las penas, la prohibición de establecer penas perpetuas, infamantes o que excedan los treinta años (artículo 44.3), el derecho de toda persona a no ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (46.1), el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (46.2), el derecho a la defensa (49.1), el principio de presunción de inocencia (49.2), el derecho a ser oído con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial (49.3), el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (49.4), el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones (artículo 49.6), el ne bis in idem (49.7), la prohibición de establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional de venezolanos y venezolanas (artículo 50), la prohibición de extraditar ciudadanos venezolanos y venezolanas (artículo 69) y el principio de legalidad de los procedimientos.

Asimismo, pueden resaltarse otros límites al ejercicio del poder punitivo, cuya recepción no ha sido expresa en la Constitución, sino inferida de otros valores, principios y derechos consagrados en ella, como son el principio de culpabilidad (sentencias 1.744/2007, del 9 de agosto; y 490/2011, del 12 de abril), el principio de subsidiariedad (sentencia nro. 1.676/2007, del 3 de agosto) y el antes mencionado principio de legalidad de los procedimientos.”

Conforme a lo anterior, se concluye entonces que los límites a la intervención penal se encuentran previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual contempla en este sentido un *programa penal*, es decir, un conjunto de principios limitadores, cuya función primordial es fungir como marco normativo para la actuación de los órganos del sistema penal, y especialmente, para el legislador.

B. *Derecho al Trabajo: Derecho y deber de trabajar. Situación de mendicidad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

El reconocimiento jurídico del valor del trabajo parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que, entre otros aspectos, señala que aquel es un derecho y un deber, cuando sostiene que toda persona “tiene el derecho al trabajo y el deber de trabajar”.

...5. Como ha podido apreciarse, la mendicidad se encuentra dentro del libro de las faltas en el Código Penal, concretamente en el Capítulo VII (de la Mendicidad) del Título I, referido a las Faltas Contra el Orden Público.

De ello pudiera inferirse que, según el Código Penal, el bien jurídico tutelado en la mendicidad es el orden público.

Sin embargo, más allá de la ubicación de la falta en cuestión, resulta relevante desentrañar su contenido, tanto para determinar su alcance, como para seguir precisando el interés jurídico tutelado, circunstancias relevantes para resolver el fondo de lo solicitado.

En tal sentido, el tipo base de mendicidad utiliza como parámetro fundamental de la conducta típica, la aptitud para el trabajo.

Tal circunstancia hacen forzosa la alusión del trabajo como realidad social constitucionalmente significativa, toda vez que la aptitud para el trabajo constituye un factor relevante para la presente tipificación; razón por la que, desde cierta perspectiva, pudiera estimarse que el Código Penal, a través de la norma *sub-examine*, concretamente, el primer supuesto de la mendicidad, prevista en el artículo 502, pretende tutelar, además del orden público, el trabajo, a diferencia del segundo supuesto, referido a la persona que no es apta para el mismo.

En tal sentido, el reconocimiento jurídico del valor del trabajo parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que, entre otros aspectos, señala que aquel es un derecho y un deber, cuando sostiene que toda persona “tiene el derecho al trabajo y el deber de trabajar”.

Al respecto, el artículo 87 del Texto Fundamental dispone lo siguiente:

“Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores o trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones”.

Del referido artículo constitucional se evidencia que el Estado, como ente abstracto regulador de las correspondientes relaciones sociales entre los ciudadanos, debe, tanto garantizar el derecho al trabajo, como exigir el cumplimiento del deber del trabajo, para lo cual le corresponde seguir varios parámetros que plasmó el constituyente en el Texto Fundamental, con el objeto de propender hacia la dignificación de la persona a través de un empleo productivo que le genere las herramientas necesarias para su subsistencia y su convivencia sana con la colectividad, así como para contribuir a la producción y desarrollo económico de la República.

En ese contexto resulta imperiosa la protección del trabajo por parte del Estado, así como del resto de los bienes jurídicos vinculados al mismo. Sin embargo, es insoslayable preguntarse en qué casos, hasta qué punto, a través de qué medios y de qué forma debe protegerse tal interés, tal como ocurre respecto de otros objetos jurídicos.

En este asunto, interesa formular tales interrogantes frente a la regulación de la mendicidad en el Código Penal, pero también respecto de los demás bienes jurídicos que pretende tutelar tal configuración normativa, como lo es el orden público.

Así pues, a los efectos de la presente solicitud resulta determinante precisar si las normas objeto de la presente solicitud contravienen o no el Texto Fundamental, circunstancia que exige, entre otras operaciones intelectuales, analizarlas desde la perspectiva de los principios de utilidad, idoneidad, necesidad, subsidiariedad, fragmentariedad, culpabilidad y proporcionalidad, entre otros.

Al respecto, existen supuestos vinculados a la mendicidad en los que la intervención penal del Estado, por lo menos, no se muestra extraña. Así, *prima facie*, tendría inmediata explicación la punición de quien utilice niñas, niños, adolescentes, indígenas o personas en situación de vulnerabilidad, para mendigar; así como también quien utilice a los mendigos o mendigas para delinquir, o de quien mendigue de forma violenta, coactiva, o, en fin, de manera tal de menoscabar los derechos de las demás personas, por ejemplo, a la autonomía, a la libertad, a la integridad o a la vida (casos en lo que la aplicación de la sanción igualmente estaría supeditada a la verificación de los elementos generales del delito -conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, así como a los especiales, inherentes a cada tipo penal).

Sin lugar a dudas, el Estado y la sociedad deben continuar desplegando todas las acciones necesarias para seguir evitando tales ilícitos, así como también para continuar previniendo la mendicidad por parte de personas y particularmente, niños, niñas y adolescentes, tal y como se ha demostrado a través de diversas misiones y otras acciones por parte del Poder Público, impulsadas a partir de la Constitución de 1999.

Ahora bien, no se muestra idóneo ni respetuoso al principio de imputabilidad, el arresto, al menos como pena, para un mendigo que sea inimputable por ser un niño o niña (art. 532 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), o por padecer una enfermedad mental grave (art. 62 del Código Penal), así como tampoco se muestra justo el arresto de quien mendiga pacíficamente para alimentarse o alimentar a su familia o otras personas, porque no ha tenido educación ni oportunidad para trabajar.

...6. El tipo penal de mendicidad previsto en el art. 502 del Código Penal, asocia una sanción (arresto hasta por quince días), a la persona “que fuere hallada” mendigando.

Al respecto, esta Sala debe señalar, en primer lugar, esa particular configuración típica, que a diferencia de la mayoría de los tipos penales, se refiere a quién fuere “hallado” cometiendo la conducta típica, y no a quien, en general, la cometiere, circunstancia cuando menos difícil de explicar desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, así como de otros axiomas del derecho, pues en todo caso, *in abstracto*, lo relevante debería ser la conducta que se estima contraria a derecho, con independencia de que la persona sea “hallada” o no durante su comisión, fenómeno cuya relevancia pudiera apreciarse mejor desde la perspectiva procesal, a través de la institución jurídica de la flagrancia, y no desde la óptica del derecho penal sustantivo.

C. *Derechos de protección social*

a. *Protección del matrimonio: Fundamento de la familia*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Francisco Anthony Correa Rampersad (Revisión Constitucional).

Para ello debe esta Sala Constitucional declarar de manera inequívoca que reconoce el matrimonio como una institución protegida por el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y también reconoce el matrimonio como un contrato civil solemne por el que los cónyuges manifiestan libremente su voluntad de fundar una familia en plena igualdad jurídica, y que implica una comunidad de vida y de bienes con recíprocos deberes y derechos entre cónyuges.

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de manera expresa establece: “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges...*”. Esta formulación normativa acorde con una larga tradición constitucional, legal, histórica y hasta universal reconoce el matrimonio como una institución de donde deriva la familia, como grupo primario del ser humano y base de la sociedad. Concebida la familia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), como el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (artículo 16).

En este sentido debe esta Sala destacar que, ciertamente, la familia deriva de manera inmediata de la unión matrimonial, pero no toda familia deriva solo y necesariamente de un matrimonio. En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge un amplio concepto de familia el mismo universalizado por la Organización de Naciones Unidas y que entiende a la familia como “*asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de los derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia*”.

Este concepto alude a la familia extensiva o ampliada que rebasa el concepto tradicional de familia nuclear conformada por el padre, la madre y los hijos derivada históricamente del matrimonio (véase sentencia de la Sala Constitucional núm. 1687/2008, caso: *Rosana Barreto*). Esta distinción paradigmática ha sido determinante en las decisiones de la Sala Constitucional y ciertamente asistimos a un momento en que el concepto de familia ha sufrido modificaciones y se ha ampliado, para incluir a otras personas distintas a las que normalmente la sociedad concebía dentro de la conformación familiar. Así, adicional a la familia nuclear,

patriarcal, bilateral y consanguínea, observamos otras categorías como la familia sustituta; la adoptiva; la recompuesta; por procreación asistida; la monoparental y la pluriparental; donde no necesariamente hay menores de edad o hijos, pero, en caso de haberlos, se desenvuelven con una maternidad o paternidad subrogadas por figuras atípicas (madrastros, padrastrós) que son adultos que sirven de referentes significativos a aquellos (ZULETA, 2012). Lo importante de estas categorías familiares es que se caracterizan por la igualdad de derechos y deberes entre sus integrantes, por su solidaridad, esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco; independientemente de su origen, tal como lo señala nuestro Texto Fundamental en su artículo 75.

La Sala ha realizado las anteriores consideraciones para explicar que en la actualidad el Estado no debe su protección exclusivamente al matrimonio sino a la familia constituida como espacio social vital provenga ella del matrimonio, de una unión estable o de un concubinato. Lo ha reconocido recientemente esta Sala en sentencia Núm. 446 del 15 de mayo de 2014, con ocasión de un examen de la constitucionalidad del artículo 185-A del Código Civil, al sostener que *“la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio”*.

Corolario de la protección a la familia concebida al margen del matrimonio, es el reconocimiento que realiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las uniones estables de hecho, que en la parte *in fine* del aludido artículo 77 dispone: *“Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”*. Asimismo, es demostrativo de ello el contenido del artículo 76 que dispone: *“La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre”*. Norma respecto a la cual esta Sala, en una interpretación del aludido artículo 77 (sentencia Núm. 1682/2005), sostuvo:

“Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz ‘unión estable’ entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica -que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia .

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora -a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.

Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

‘Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer’, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio”.

Asimismo, señaló este Alto Tribunal:

“Ahora bien, al equipararse al matrimonio, el género ‘unión estable’ debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial, y conforme al artículo 767 del Código Civil, correspondiente al concubinato pero aplicable en la actualidad por analogía a las uniones de hecho, éste es el de la comunidad en los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial”.

- b. *Protección de la familia y sobre la institución del divorcio: Eliminación de las causales taxativas de divorcio*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Francisco Antony Correa Rampersad (Revisión Constitucional)

La Sala Constitucional realizó una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declaró, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento.

Determinante ha sido históricamente la influencia religiosa para otorgarle a la institución matrimonial la categoría que todavía ostenta en la normativa civil de viejo corte napoleónico. De allí, que la preservación del vínculo matrimonial fuese garantizado por la solemnidad de su celebración y su pretensión de indisolubilidad evocada por la frase “*hasta que la muerte los separe*”, estas fueron las razones que arrastraron a las legislaciones occidentales para normar rígidamente la disolución del vínculo matrimonial, formalismo de disolución que no mantienen otros vínculos de origen familiar como son las uniones estables de hecho y el concubinato formas éstas de convivencia familiar que se disuelven por el hecho efectivo de la separación de la pareja.

Se ha dicho en contra del divorcio que el mismo atenta contra la estabilidad de las familias constituidas por el matrimonio, y que el Estado debe estar interesado en evitar que el divorcio se produzca, persuadiendo a los cónyuges del mantenimiento del vínculo conyugal.

Al respecto, considera esta Sala que este tipo de afirmaciones en los actuales momentos merecen ser revisadas, pues las máximas de experiencia explican que no es el divorcio *per se* el que fragmenta la estabilidad de las familias, sino otros elementos de *facto* perturbadores que a la postre obligan a las parejas a decidir la disolución del vínculo que los une, a través del divorcio.

En ese sentido, sin temor a equívocos puede asegurarse que atenta más contra la familia una separación de la pareja, como consecuencia de una situación conflictiva prolongada, cargada de insultos, de irrespeto, de intolerancia y de humillaciones, sin canalizarse jurídicamente, a la que terminan acostumbrándose sus miembros; que el divorcio, como un mecanismo jurídico válido para poner fin a una situación dañina familiarmente donde se relajan los principios y valores fundamentales en la familia como son, la solidaridad, el esfuerzo común y el respeto recíproco entre sus integrantes, tal como lo preceptúa el artículo 75 constitucional.

De tal manera, que no es el divorcio sino los hechos que lo demandan los que atentan contra la familia. De suerte pues que no es manteniendo una unión matrimonial e impidiendo el divorcio como se subsanan los conflictos familiares, y se persuade a las parejas para la convivencia pacífica y el bienestar familiar.

Así, la institución del divorcio con las formalidades de ley surge para disolver el vínculo matrimonial con todas las dificultades procesales propias que ponen en cabeza del juez y del Ministerio Público incluso por encima de los cónyuges mismos, la decisión final de la declaratoria “con lugar” o “sin lugar” el divorcio, con todos los efectos absurdos que conlleva un “sin lugar” del divorcio.

El divorcio representa entonces el mecanismo jurídico válido para extinguir el vínculo matrimonial (artículo 184 del Código Civil), esto es, la solución que otorga el ordenamiento jurídico a los cónyuges, o a uno de ellos, cuando éstos consideran que sus diferencias son insalvables. Con razón la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido desde su sentencia Núm. 192/2001 (caso: *Víctor José Hernández*), lo siguiente:

“No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio”.

Estima la Sala Constitucional que, quizás contrario al pensar común, se promueve más el matrimonio como institución cuando se ofrecen condiciones fáciles, claras y accesibles para disolver el vínculo, que cuando se colocan obstáculos legales, pues, en nuestros días, la pareja opta por convivir sin contraer nupcias, como una solución que les permite gozar de los mismos efectos que el matrimonio, lo que se conoce como “uniones de hecho”, hoy día equiparadas por la Constitución y reconocidas por la jurisprudencia de esta Sala y por algunas leyes de la República (Ley Orgánica de Registro Civil, Ley del Seguro Social o la Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad).

La cotidianidad además enseña, a través de las máximas de experiencia, que en ocasiones las personas se niegan a contraer nupcias porque están convencidas que de hacerlo y de no resultar esa unión, los obstáculos para disolver judicialmente el vínculo son más difíciles que en otras condiciones, lo que hace que en definitiva algunas parejas desestimen el matrimonio y decidan unirse de hecho en una huida a las regulaciones formales que caracterizan a la institución matrimonial.

Ahora bien, la cultura social, jurídica y religiosa más ortodoxa postula el mantenimiento incólume del matrimonio a toda costa, al margen de la renovación de las concepciones familiares actuales y de la actualización de los comportamientos sociales.

Una revisión de los orígenes de la institución del matrimonio revelan cómo el matrimonio surge frente a la incertidumbre de la presunción de paternidad establecida en las Partidas de Alfonso X El Sabio: “*los hijos de mis hijas mis nietos son, los de mis hijos no sé si son*” máxima que aún consagran las legislaciones civiles liberales. Frente al hecho incierto de la paternidad, el hombre, para asegurarse su transmisión genética y patrimonial, tuvo que imponer serias limitaciones sociales y sexuales a la mujer (conceptuada como bien patrimonial del varón), y defenderse con un código de honor legitimador de la violencia familiar correctiva, la cual era plenamente aceptada y socialmente exigida (Zuleta, 2007).

En la actualidad afortunadamente el matrimonio ha dejado de ser expresión de la rancia sociedad patriarcal, por lo que se intenta remozarlo como una expresión de máximo afecto de pareja, y un acto voluntario de los cónyuges afianzado en el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

En este sentido, la actuación del Estado debe orientarse hacia la tutela de los ciudadanos en el significado del compromiso y los valores que conllevan a la formación de una familia, a través de la educación formal e informal; y menos en el sostenimiento de las exigencias formales que garantizan un estatus legal por encima del verdadero sentimiento de los cónyuges.

De allí que sea preciso entender la realidad social como fuente del orden normativo, y de la hermenéutica jurídica. En otras palabras, el Derecho y con ello los órganos legislativos - en primera instancia- y los operadores de justicia, de manera mediata, deben adecuar el Derecho a la sociedad para que el mismo satisfaga las expectativas de esta última.

Las normas jurídicas son reglas de comportamiento social pero los ciudadanos son entes sociales que exigen que la producción de normas se ciña a su propia dinámica, y a las diversificaciones y transiciones que caracterizan la vida en sociedad y no impidan su progreso y bienestar.

De tal modo que, un examen de las disposiciones normativas que regulan el divorcio no pueda apartarse de ese dinamismo social, siendo por tanto esta Sala Constitucional, como máximo y último intérprete de la Constitución (artículo 335 constitucional), la llamada a realizar las interpretaciones a que haya lugar sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, modulando las instituciones del ordenamiento jurídico para ajustarlas al modelo de Estado constitucional.

El divorcio es así la ruptura o extinción de un matrimonio contraído válidamente, mediante una sentencia judicial. Su previsión se encuentra contenida en el Código Civil, que dispone:

Artículo 184.-

Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio.

La institución del divorcio, de vieja data en nuestro ordenamiento civil, es concebida como una sanción o castigo al cónyuge infractor que hubiese incurrido en el incumplimiento de los deberes conyugales. Fue incorporada por primera vez en el Código Civil de 1904, ya que antes sólo se permitía la separación de cuerpos. Ese Código Civil establecía:

“El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por sentencia firme”.

Con posterioridad, los distintos Códigos que se promulgaron hasta el vigente han mantenido la institución con algunas variantes relativas a las causales o motivos que se pueden invocar para lograr la obtención de una sentencia de divorcio, las cuales fueron consideradas de manera taxativa por la doctrina y la jurisprudencia. Es así como, desde el Código Civil de 1942, se abandona la expresión “son causales legítimas” de divorcio las que enumera el texto legislativo, y se sustituye por la expresión “causales únicas”, que apareció entonces por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Tal redacción se mantuvo en la reforma al Código Civil de 1982, quedando entonces en los siguientes términos la norma que hoy conocemos y que se encuentra vigente:

Artículo 185. Son causales únicas de divorcio:

1°.- El adulterio.

2°.- El abandono voluntario.

3°.- Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.

4°.- El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5°.- La condenación a presidio.

6°.- La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.

7°.- La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

La norma transcrita contiene un catálogo de causas que permiten a uno de los cónyuges demandar el divorcio fundamentado en alguna causal de ley, sobre la base de que aquel cónyuge contra quien se ejerce la demanda haya incurrido en los supuestos enumerados, con lo que se presume un incumplimiento de uno o varios de los deberes conyugales que la institución matrimonial comporta.

La interpretación doctrinaria y jurisprudencial de esta norma legal ha considerado que la enumeración de las causales es de carácter taxativo; es decir, que el precepto contiene un *numerus clausus*, de tal modo que no se admite invocar un motivo distinto a los expresamente previstos en la norma.

Cabe destacar que antes de la reforma de 1942 al Código Civil, se preveía el divorcio por incompatibilidad de caracteres de los cónyuges, lo que comportaba una causal de divorcio de contenido muy amplio, que ofrecía una apertura a la institución del divorcio; sin embargo su eliminación legislativa hizo más evidente la intención del Legislador de impedir o disuadir al divorcio.

Desde luego, hoy día la refundación institucional propuesta en la vigente Constitución de 1999 obliga a una revisión de las instituciones preconstitucionales incluyendo el divorcio como fórmula de solucionar las desavenencias insalvables de la pareja unida en matrimonio. En efecto, es preciso considerar que la pretensión de divorcio planteada por un ciudadano supone el ejercicio simultáneo de otros derechos y garantías constitucionales, como lo son: el libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, entendida esta última como el derecho que tiene el justiciable de activar el órgano jurisdiccional a los fines de obtener un

pronunciamiento exhaustivo sobre sus pretensiones, expresión de la garantía de acceso a la justicia, y que es novedad de nuestro vigente texto constitucional al estipularlo como derecho autónomo en el artículo 26 constitucional.

Una actualización legislativa en ese sentido, la constituye la novísima atribución de competencia de los jueces u juezas de paz que otorga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012, que en su artículo 8.8 dispone que los jueces y juezas de paz son competentes para: *“Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud”*.

Se ha dicho en párrafos anteriores que el ejercicio de la acción de divorcio involucra además varios derechos fundamentales, el primero perteneciente a la categoría de los derechos referidos a la libertad del ser humano, *“que aseguran al individuo una vida exenta de coacción por parte de la autoridad o los particulares, tanto en el orden moral como material”* (ARELLANO SILVA, 1953), es el derecho consagrado en el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

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

Este derecho fundamental del ciudadano, consistente en el reconocimiento por parte del Estado de la dignidad del ser humano, persigue el respeto de la autonomía de la personalidad; de su individualidad; de la potestad de cada individuo de la especie humana de decidir en libertad y conforme a sus propias creencias, gustos y valores, garantizando así su autodeterminación frente al Estado mismo y frente a otros individuos, con la única limitación que es el respeto a las demás personas, y el orden público y social.

Ha dejado sentado esta Sala Constitucional respecto a este derecho fundamental cuanto sigue:

“El hecho es que el Derecho Constitucional moderno no acepta semejante independencia de valoración respecto de los límites de un derecho de libertad, ni mucho menos una intromisión tan irrestricta. Los derechos de libertad, como lo son el derecho al libre tránsito (dentro del territorio nacional) y al libre desarrollo de la personalidad, definen un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal, cuya interdicción sólo procede bajo causas específicas, pues decidir qué hacer y por añadidura a dónde ir son la manifestación más clara del rasgo ontológico del ser humano. Siendo ello así, la autorización judicial para separarse temporalmente de la residencia común, al limitar de forma directa qué hacer y a dónde dirigirse no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de las razones del o la solicitante, ni tampoco estar condicionada a la prueba de la entidad de esas razones. De hecho, la procedencia de la autorización no tiene por qué estar vinculada a condiciones ni a hechos comprobables; por el contrario, debe depender de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de separarse temporalmente de la residencia común, pues así es más acorde con las exigencias que el orden constitucional le impone a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito, los cuales, vale destacar, no quedan limitados por la existencia del matrimonio”. (Sentencia Núm. 1039/2009, caso: *Carminé Romaniello*).

En cuanto al consentimiento, base nuclear de todo vínculo jurídico, la expresión de voluntad del individuo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad; así lo estableció esta Sala, en la reciente sentencia Núm. 446/2014, cuanto sigue:

“...el artículo 75 de la Constitución de 1999 considera a la familia una asociación natural de la sociedad; pero así ella sea natural, toda asociación corresponde a una voluntad y a un consentimiento en formar la familia. Igualmente, considera que la familia (asociación fundamental) es el espacio para el desarrollo integral de la persona, lo que presupone -como parte de ese desarrollo integral- la preparación para que las personas ejerzan el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. Por su parte, el artículo 77 *eiusdem* establece la protección al matrimonio, entre un hombre y una mujer fundada en el **libre consentimiento** y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges, lo que se concatena con los lineamientos del referido artículo 75.

De allí que, el matrimonio solo puede ser entendido como institución que existe por el libre consentimiento de los cónyuges, como una expresión de su libre voluntad y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a contraerlo, pero igualmente -por interpretación lógica- nadie puede estar obligado a permanecer casado, derecho que tienen por igual ambos cónyuges. Este derecho surge cuando cesa por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos -como consecuencia de su libre consentimiento-la vida en común, entendida ésta como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 *eiusdem*). En efecto, esta última norma del mencionado Código prevé que el domicilio conyugal “será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecido, de mutuo acuerdo, su residencia”.

...ya que el consentimiento libre para mantenerlo es el fundamento del matrimonio, y cuando éste se modifica por cualquier causa y por parte de cualquiera de los cónyuges, surge lo que el vigente Código Civil Alemán en su artículo 1566, califica como el fracaso del matrimonio, lo cual se patentiza por el cese de la vida en común, uno de cuyos indicadores es el establecimiento de residencias separadas de hecho y que puede conducir al divorcio, como lo reconoce el citado artículo. La suspensión de la vida en común significa que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado, pero ello no basta *per se*, ya que el matrimonio, con motivo de su celebración mediante documento público (...).

Justamente, entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2º del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A *eiusdem*), la cual al igual que la separación de cuerpos decretada judicialmente, bien como resultado de un proceso a ese fin o bien por mutuo consentimiento, requiere de una declaración judicial que la reconozca como requisito previo al divorcio. Luego, para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento. Adicionalmente, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23-3), como la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17-3), establecen que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; derecho que también está contemplado en el artículo 16-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos, conforme al artículo 19 de la Constitución vigente, son de goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e interdependientes y regidos por el principio de progresividad y sin discriminación alguna.

Sobre este particular, la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 192 del 26 de julio de 2001 (caso: *Víctor José Hernández Oliveros contra Irma Yolanda Calimán Ramos*) declaró que “[e]l antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da al Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general”.

Por tanto, conforme a las citadas normas, a juicio de esta Sala, si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio. Así, debe ser interpretada en el sentido que -manifestada formalmente ante los tribunales en base a hechos que constituyen una reiterada y seria manifestación en el tiempo de disolver la unión matrimonial, como es la separación de hecho, contemplada como causal de divorcio en el artículo 185-A del Código Civil-, ante los hechos alegados, el juez que conoce de la solicitud, debe otorgar oportunidad para probarlos, ya que un cambio del consentimiento para que se mantenga el matrimonio, expresado libremente mediante hechos, debe tener como efecto la disolución del vínculo, si éste se pide mediante un procedimiento de divorcio. Resulta contrario al libre desenvolvimiento de la personalidad individual (artículo 20 constitucional), así como para el desarrollo integral de las personas (artículo 75 *eiusdem*), mantener un matrimonio desavenido, con las secuelas que ello deja tanto a los cónyuges como a las familias, lo que es contrario a la protección de la familia que debe el Estado (artículo 75 *ibídem*).

Por otra parte, el artículo 137 del Código Civil, que refiere la obligación de los cónyuges de cohabitar, establece:

(...)

Planteadas así la situación, no hay razón alguna, salvo una estrictamente formal, para sostener que en casos de que se invoque el abandono voluntario para solicitar el divorcio (artículo 185.2 del Código Civil) o que se pida la conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento decretada judicialmente (artículo 185 del Código Civil), se pruebe en el procedimiento de divorcio que el abandono existió, o que no hubo reconciliación (artículos 759 y 765 del Código de Procedimiento Civil), mientras que para el caso de que en base al artículo 185-A del Código Civil, se pida que se declare el divorcio por existir una separación de hecho permanente por más de cinco años, no se ventile judicialmente la existencia real de tal situación por el solo hecho de que uno de los cónyuges (el citado) no concurriera a la citación, o no reconociera el hecho, o el Ministerio Público simplemente se opusiere. Sostener esta última solución, a juicio de esta Sala Constitucional crea una discriminación ante una situación de naturaleza idéntica en los mencionados casos de suspensión de la vida en común, suspensión que denota que un presupuesto constitucional del matrimonio: el libre consentimiento para mantenerlo de al menos uno de los esposos, ha dejado de existir”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en el artículo 26: *“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*.

De donde de forma concatenada se sigue que negar la posibilidad a un individuo de acudir a los órganos jurisdiccionales para encontrar solución a un conflicto parece confiscar al Derecho su función de ordenador de la conducta humana y un medio de resolución de conflictos.

De tal modo que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un derecho subjetivo la posibilidad de defenderlo, en tanto y en cuanto posea un *interés* en hacerlo (artículo 16 del Código de Procedimiento Civil), con lo cual el ciudadano puede *acceder a los órganos de administración de justicia* para obtener una *sentencia que satisfaga su pretensión*.

Siendo el caso que de las normas citadas respecto del divorcio se desprende que se desconoce un derecho humano, se desconoce el interés y se conculca el derecho de acceso a la jurisdicción, como expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la acción para demandar la resolución del vínculo matrimonial está limitada y puede incluso resultar denegada en derecho. Ciertamente, cuando se determinan previamente y se encasillan como causales “únicas” para demandar el divorcio, aquellas previamente descritas por el Legislador, y

se niega al cónyuge exponer y sostener ante los órganos jurisdiccionales un motivo distinto a los enumerados por la ley para disolver el vínculo conyugal que voluntariamente creó se desconoce el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

Es oportuno en este sentido citar la abundante jurisprudencia de esta Sala Constitucional, a saber:

“El derecho constitucional de acción, además de que es uno solo, es general y abstracto, pues está dirigido a toda persona para la defensa de sus propios derechos e intereses, y se concreta mediante la infinidad de pretensiones que son establecidas legalmente, que se propongan para hacerlas valer ante la jurisdicción. Es por ello que Luis Loreto sostuvo que la cualidad *“expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción; y de identidad lógica entre la persona del demandado, concretamente considerada, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción”* (op.cit.).

Desde luego que quien afirme la titularidad de un derecho o interés jurídico deberá demostrarlo, durante el proceso (cuestión de mérito o fondo del asunto debatido), lo cual escapa al estudio de la legitimación a la causa (*ad causam*) que, en este instante, ocupa la atención de esta Sala, pues, como se observa, el texto constitucional se refiere a la tutela de los propios derechos e intereses. No obstante lo anterior, es importante la aclaración de que aún cuando la Constitución reconoce el derecho de acción o acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses propios, no es óbice para que el legislador ordinario, de forma excepcional, conceda legitimación a la causa a quien no sea titular del derecho subjetivo, para que lo haga valer jurisdiccionalmente en su propio interés.

Efectivamente, aun cuando el texto del artículo constitucional que fue transcrito, se insiste, recoge el derecho constitucional a la acción y, por ende, a la jurisdicción, para la defensa o tutela jurisdiccional de los derechos de quien peticiona dicha tutela, para lo cual con la sola afirmación de dicha titularidad (legitimación), excepcionalmente, la ley otorga legitimación *ad causam* para que se haga valer, en nombre e interés propio, un derecho ajeno, situación esta que en doctrina se denomina sustitución procesal (distinta de la sucesión de parte, en la que sí se sustituye al titular del derecho). Un claro ejemplo de esta legitimación anómala o extraordinaria la encontramos en la acción oblicua o subrogatoria (*ex* artículo 1.278 del C.C.), pero, debe insistirse en que, para esos casos de sustitución procesal, es necesaria una expresa habilitación legal (*ex* artículo 140 del Código de Procedimiento Civil). (*Vid* sentencia Núm. 1193, del 22 de julio de 2008, caso: *Rubén Carrillo Romero y otros*).

Asimismo, en cuanto a la tutela judicial efectiva, esta Sala Constitucional ha sostenido:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, **mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido**, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que **el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia** (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), **la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure**.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

En este orden de ideas, considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisibile una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el juez constitucional, tal como ya lo ha dicho esta Sala en numerosos fallos. (Sentencia Núm. 708/2001).

Por otra parte, en sentencia número 5043 del 15 de diciembre de 2005 (caso: *Alí Rivas y otros*), en la cual la Sala Constitucional se pronunció sobre la interrelación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad de los presupuestos procesales, se dispuso lo siguiente:

“Así pues, debe destacarse que el alcance del principio *pro actione*, debe entenderse como que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia’ (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.064/2000 del 19 de septiembre).

En aras de lo anterior, deben reflexionar nuestros órganos jurisdiccionales sobre las posturas o criterios mantenidos por esta Sala así como por órganos jurisdiccionales en el Derecho Comparado, en cuanto a la correcta ponderación a la que deben ser sometidos los requisitos de admisibilidad cuando estos de alguna manera pudieren constituir una vulneración a la tutela jurisdiccional, tutela ésta que debe brindar el Estado a través del acceso efectivo a la justicia.

Así, en el mismo sentido que lo ha realizado esta Sala, ha sido analizado por el Tribunal Constitucional Español cuando ha determinado que: ‘(...) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que una resolución de inadmisión o meramente procesal es un principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales’. (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, Tercera Edición, 2001, p. 37).

Es en respeto y consagración de este principio procesal *-pro actione-* que deben guiar su actividad los órganos jurisdiccionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a la justicia podría desembocar en una situación de anarquía recursiva de los actos de la Administración Pública, 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.

En este orden de ideas, se ha señalado que el derecho al debido proceso comprende el acceso a la justicia, el juzgamiento con las debidas garantías y la efectiva ejecución del fallo. Al respecto, se ha establecido lo siguiente:

‘Por otra parte, este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 2000 dictada por la Sala Político-Administrativa, ha precisado que el derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución de 1999) es un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado entre los que figuran el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias, entre otros que se vienen configurando en la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (sentencia N° 1.614 del 29-08-01).’

Ciertamente, esta Sala estima que es contrario al artículo 26 de la Constitución que se declare inadmisibile una demanda y se ordene el archivo del expediente cuando considere que no es el tribunal con competencia para su conocimiento, pues de ese modo, dicha decisión se estaría fundamentando en una interpretación literal del artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que no toma en cuenta los criterios de esta Sala que antes fueron expuestos en relación con el favorecimiento al derecho de acceso a la justicia, al derecho a la acción y, en definitiva, con la absoluta garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

En abundancia, esta Sala recuerda que es una máxima en Derecho Procesal que la competencia es requisito esencial para la resolución de fondo del asunto, no así para su tramitación, de manera que mal puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se enerve el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 97/2005 del 2 de marzo).

En tal sentido, en sentencia de esta Sala N° 97/2005, se dispuso la inseguridad jurídica y desigualdad procesal que crea la declaratoria de inadmisibilidad por carecer de competencia, y el consecuente deber de declinarse el conocimiento de la causa al Tribunal competente. Así, se dispuso lo siguiente:

‘Incluso, considera la Sala que la aplicación literal de la referida norma jurídica implicaría una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica. Desigualdad procesal e inseguridad jurídica porque, en el marco de un proceso judicial y ante un supuesto de hecho en concreto -la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la causa-, se producirían dos soluciones jurídicas distintas: la declaratoria de incompetencia y consecuente declinatoria, o bien la declaratoria de inadmisibilidad, según el proceso se rigiese por el Código de Procedimiento Civil (artículos 69 y 75 de dicho Código) o bien por la normativa de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 84, cardinal 2), ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 19, párrafo 6), lo que, en definitiva, arroja una dicotomía de soluciones jurídicas frente a un mismo supuesto fáctico que reflejan la necesaria incompatibilidad de alguna de ambas en relación con el derecho de acceso a la justicia y el principio *pro actione*, ante lo cual debe prevalecer, con fundamento en los precedentes de esta Sala que antes se citaron, la solución que otorga la norma procesal civil’.

En idéntico sentido, debe expresarse lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto a la consagración del principio *pro actione* y a sus consecuencias derivadas de su aplicación, ‘(...) el principio de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa ha de intentar buscar allí donde exista indeterminación en las reglas de acceso al fondo la solución menos rigorista, de forma que no se agraven las cargas y gravámenes en la materia, antes bien, se reduzcan y suavicen para que pueda ejercitarse ese derecho sustancial y básico, natural, como lo han definido las instancias morales más autorizadas de la tierra, que es someter al juez la discrepancia con la Administración’. (*Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ‘El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos’, en *Revista de Administración Pública* N° 42, p. 275 y ss.)’.

También esta misma Sala Constitucional, en sentencia N° 1049 del 23 de Julio de 2009, ha sostenido en atención al desarrollo de los derechos humanos del ciudadano en el Estado Social, que lejos de dejar de lado o socavar los derechos llamados individuales, los respeta, los promueve y garantiza, tanto individual como colectivamente, haciéndolos accesibles a todos, lo siguiente:

‘...los derechos fundamentales en general, tanto los clásicos derechos defendidos por el pensamiento liberal, como los nuevos derechos, son todos *derechos sociales* en la medida en que a los poderes públicos le viene impuesto el deber de hacerlos reales y efectivos. El derecho a la libertad de prensa, al pluralismo político o la libertad ideológica, por poner algunos ejemplos, se han visto enriquecidos como consecuencia de esta visión social de los clásicos derechos fundamentales; muestra de ello han sido las medidas que en Alemania y en Italia se han

tomado desde el punto de vista financiero para sostener periódicos cuyos ingresos no eran suficientes para su sostenimiento, pero que sin embargo suponían un vehículo fundamental de expresión de grupos ideológicos minoritarios.

Respecto a este tema, Pérez Luño llama la atención acerca de que *“un importante sector de la doctrina alemana ha llegado... a afirmar que en la compleja sociedad actual los derechos del individuo tan sólo pueden tener justificación como derechos sociales”*; ello como resultado de *“una superación de la imagen de unos derechos del individuo solitario que decide de forma insolidaria su destino”*. Esa caracterización de todos los derechos como derechos sociales, surgiría de *“afirmar la dimensión social de la persona humana, dotada de valores autónomos pero ligada inescindiblemente por numerosos vínculos y apremios a la comunidad en la que desarrolla su existencia”* (Cfr.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 88).

En este mismo sentido, Arroyo afirma que *“desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en efecto, el Estado social de Derecho (implica) la transformación del contenido y del significado de las clásicas libertades burguesas, entre ellas la económica”*. Como resultado de esa transformación, *“las relaciones entre la libertad de empresa y el principio de Estado de Derecho se enriquecen y se hacen más complejas”*, pues, *“la obligación de tener en cuenta y maximizar la dimensión material de la libertad justifica y exige la actuación estatal dirigida a promocionar el ejercicio real de la libertad de empresa y, por tanto, la participación de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran en la vida económica”*. (Cfr.: *Op. cit.*, pp. 84 y 85).

Por tanto, la posición que mantiene a los derechos fundamentales como instrumentos normativos absolutos, inalienables o meramente defensivos, pasa por alto el examen que desde mediados del siglo XIX, sino antes, tanto desde sectores calificados o autoproclamados como socialistas, como desde corrientes autodenominadas liberales, se viene haciendo de los resultados de tal concepción. Resultados que, al tiempo que mostraban un aumento en la producción y un innegable avance en lo técnico y en lo científico, provocaron, como se advirtió anteriormente, desequilibrios en lo económico, en lo social y en lo político, que desdijeron de las predicciones según las cuales el libre juego económico, la libertad de contratación y las garantías a la propiedad privada producirían de manera natural y espontánea bienestar y prosperidad para todos.

Por ello se insiste en que la posición según la cual sólo como consecuencia de una grave afectación al bien común o al interés general se justifica la intervención estatal, desconoce el fracaso de las tesis liberales según las cuales los derechos fundamentales son un patrimonio de todos los seres humanos, y en tal sentido, todos poseen desde su nacimiento los mismos derechos, con lo cual, para alcanzar la satisfacción justa y equilibrada de sus necesidades, basta con que hagan uso eficiente de su talento y esfuerzos. Según esta postura, el hecho de que unos tengan propiedades y otros no, sería *“consecuencia de las naturales desigualdades de los seres humanos, desigualdades que se dan en una sociedad moderna que ha abolido los privilegios y que, mediante el derecho, ha proclamado a todos los hombres iguales ante la ley. La propiedad privada, por tanto, es justa y legítima... aunque sea minoritaria.”* (Cfr.: Miquel Caminal [ed.], *Op. cit.*, p. 93).

Esta es la tesis de los derechos individuales innatos y abstractos, desvinculados de la realidad y ajenos a cualquier examen empírico. Dicha tesis se mostró, como bien lo ha dicho la doctrina autorizada y como lo muestran estudios históricos y sociológicos serios, plenamente desmentida.

Por el contrario, para alcanzar su pleno desarrollo los seres humanos no les basta una declaración de derechos que afirme su igualdad. En realidad, ni en la era liberal ni en las reediciones que se han intentado de la misma, incluso en tiempos recientes, no todos han gozado de los mismos beneficios, ni han disfrutado de las mismas oportunidades, ni han partido de las mismas posiciones.

A objeto de ejemplificar de lo que se está hablando, la Sala citará una reflexión crítica a este tipo de “darwinismo social” hecha por el intelectual Raymond Aron.

En una primera aproximación al tema de la llamada igualdad en el punto de partida, Aron supone que “*es muy probable que la proporción de los niños intelectualmente bien dotados sea la misma en el estrato de los obreros que en el de la clase media*”. Sin embargo, “*la proporción puede llegar a parecer distinta cuando se hace la selección para la escuela, ya que el medio familiar afecta el desarrollo de las aptitudes*”. Se entiende que la expresión medio familiar que utiliza Aron alude a los bienes materiales y culturales de que disponen (o de los que no disponen) los grupos familiares. Ante esta disparidad en el acceso a la escuela, Aron afirma que “*para obtener una igualdad inicial se requerirá una cuasi igualdad de condiciones de vida en los diferentes estratos*”. Es decir, “*sin una asistencia especial, muchos niños de los estratos más bajos no lograrán superar las desventajas que resultan de la disparidad entre la cultura de la familia y la de los círculos universitarios a los que tratan de sumarse*” (Cfr.: *Progreso y desilusión - La dialéctica de la sociedad moderna*, p. 46 y 47).

En virtud de tales consideraciones, la Sala estima que los derechos fundamentales clásicos, debidamente transformados y adaptados por la cláusula de Estado social, no suponen una prohibición *a priori* del deber del Estado de regular la actividad económica en general, y la empresarial y comercial en particular.

Siendo así, no es correcto, ni jurídica ni históricamente, afirmar la tesis de la restricción de los derechos fundamentales fundada en una pretendida naturaleza abstracta, formal y defensiva de los mismos.

Por otra parte, dicha tesis, en tanto tributaria de la doctrina liberal del carácter cuasi-absoluto, abstracto y negativo de los derechos fundamentales, ha sido sustituida por la de la *delimitación* de los mismos. Ello supuso un cambio en la técnica con que se suponía debían resolverse los “conflictos” entre tales derechos. Bajo esta nueva visión, tales “conflictos” han perdido su dramatismo. Los derechos fundamentales como normas que son no entran propiamente en “conflicto”; por el contrario, en su mayoría no son más que mandatos de optimización, es decir, no ordenan que se cumpla o haga algo de modo pleno o irrestricto. Siendo así, la “guerra entre los derechos” no es tal, y toca a los poderes públicos resolver la cuestión que deseen regular o solucionar en un sentido cónsono con los objetivos que se les han impuesto, para lo cual deberán tener en cuenta la situación concreta y los referidos mandatos. A tal fin deberán examinarlos y combinarlos en la medida en que la situación y los fines constitucionalmente establecidos lo señalen.

A la luz de las consideraciones hechas anteriormente, de acuerdo con las cuales los poderes públicos, en virtud de la cláusula de Estado social, tienen el deber de proteger, promover y garantizar positiva y proactivamente el ejercicio equitativo y justo de los derechos fundamentales, incluso de los llamados derechos de libertad clásicos, la regulación que el legislador dicte en este sentido debe presumirse producto de una combinación de los mandatos que éstos contienen en pro de lograr dichos objetivos. Es decir, “*si los principios son normas que se ponderan, las reglas -por ejemplo, la Ley que somete el inicio de una determinada actividad económica a la práctica de una comunicación- deben entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada*” por el legislador. (Cfr.: Luis Arroyo Jiménez, *Op. cit.*, p. 38). ”.

Es oportuno observar, cómo el Derecho Comparado ha venido actuando a través de la jurisprudencia y la legislación de cada país para abandonar los sistemas de divorcio con causales, donde se definen éstas “*como conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal, la causal es todo acto u omisión doloso o culposo imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto conyugal*”, transitando, cada nación, por las distintas formas de divorcio analizadas por los doctrinarios especialistas en el tema, a saber, “divorcio sanción”, “divorcio solución o remedio”, “divorcio incausado”, Cantuarias Fernando, “El divorcio: ¿Sanción o Remedios?” 1991; Mizrahi, Mauricio: “Familia, matrimonio y Divorcio”. Buenos Aires 2001; Fernández Francisco “El sistema constitucional Español Madrid, 1992; ó Fernández Marisol

“La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales...” Lima 2003, entre otros,- para honrar los requerimientos de la sociedad y en obsequio al reconocimiento a los derechos constitucionales de los ciudadanos, simplificando los procedimientos de divorcio, haciendo cada vez más accesible y menos compleja la disolución del matrimonio.

En este sentido, obsérvese los siguientes ordenamientos reguladores del divorcio:

Australia

El divorcio en Australia está regulada en el *Family Law Act de 1975*. Australia fue uno de los primeros países en el mundo en implementar el llamado *non-fault divorce*, que consiste en el divorcio *incausado*, es decir, aquel que no requiere para su declaratoria, la ocurrencia y acreditación de algunas de las causales taxativas contemplados en Códigos y leyes de corte clásico.

El artículo 55 en la sección IV del *Act* establece que la Corte podrá declarar el divorcio cuando sea solicitada por alguno de los cónyuges y resulte convencido de la irremediable ruptura de la relación conyugal, que se evidencia en cesación en la cohabitación por un lapso de 12 meses.

Sin embargo, el divorcio no puede declararse si, fruto de la relación, hay niños, niñas o adolescentes, si no se ha establecido un acuerdo previo acerca del cuidado que les corresponde, según lo establecido en otra sección de la misma ley; acuerdo que debe ser acreditado y homologado por el Juez antes de declarar el divorcio (artículo 55^a)

La falta o el llamado “fault” en inglés, recobra relevancia en la procedencia o no de ciertas compensaciones pecuniarias.

El procedimiento de divorcio decae si se prueba algún elemento que lleve al Juez a la creencia de que hubo reconciliación durante el período exigido.

El procedimiento es el delineado como procedimiento general en el mismo texto del *Family Law Act 1975*.

Debido al requerimiento de índole temporal (un año sin cohabitación), aunque es ampliamente conocida la velocidad con la que son tramitadas las solicitudes de divorcio en Australia, y a pesar de que ha sido calificado por algunos sectores como un caso de *divorcio exprés*, consideramos que no encuadra en tal categoría.

Sin embargo, resulta interesante y útil a nuestros propósitos, la idea de un divorcio incausado, que corresponde a la categoría ideológica del “divorcio remedio”, que no requiere consentimiento de ambos cónyuges y que tiende a ser aplicable sólo a los casos en los que no hay niños, niñas y adolescentes procreados en la relación o de alguna otra forma incorporados al núcleo familia, o en los casos en los que habiéndolos se realiza un acuerdo de convivencia familiar y obligación de alimentos que resulte adecuado a criterio del juzgador.

España

El divorcio en España se modificó con la Ley 15/2005, la cual transformó el divorcio establecido en el Código Civil Español, incorporando el régimen de divorcio incausado, es decir, aquel que no requiere para su declaratoria, acreditar causal.

La modificación realizada en el Código Civil Español, se incorporó en el artículo 86 del mismo, que otrora disponía las causales de divorcio y que el texto vigente expresa: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando

concurran los requisitos y circunstancias exigidas en el artículo 81”. Disponiendo el artículo 81: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. 1° A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2° A petición de uno solo de los cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. (...)”.

En consecuencia, de la lectura de los referidos artículos se desprende que no se trata de causales, y que los requisitos o circunstancias a que se refiere son: i) La petición de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o petición unilateral; ii) que con la demanda debe acompañar un convenio regulador; y iii) haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Siendo entonces, que sería la mera voluntad de uno o de ambos cónyuges, junto a unos requisitos temporales y procesales, la que hará que el vínculo matrimonial quede disuelto, ciertamente esa voluntad de ambos o de uno de los conyugues tendrá sus motivos o causas, pero éstas no se exige jurídicamente alegarlas al tribunal para decretar el divorcio, “*los motivos o causas quedarán en la esfera íntima de esa familia y no será ventilada ante los tribunales. Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: ‘Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales’ (Curso de Derecho comparado de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú .<http://justicia-cultura.blogspot.com/2011/07/el-divorcio-en-el-peru-y-espana.html>).*

Se hace resaltante a nuestros propósitos, referir que antes de la modificación generada por la Ley 15/2005, España incorporaba la tesis del divorcio remedio, en ese período se desarrolló una fuerte corriente jurisprudencial que incorporó como supuesto de separación la desaparición de la *affectio maritalis*, estableciendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora del 27 de Marzo de 2003, lo siguiente:

“(…) se ha venido desarrollando doctrinalmente la (teoría) del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la ‘DESAFECCTIO’ y del principio que no pueden imponerse convivencia no deseadas, por ello, AÚN CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE OPONGA A LA SEPARACIÓN, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiendo que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, la pérdida de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte al matrimonio en un infierno (...)”.

O la Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de noviembre de 2004, en la que se expresó:

“la doctrina científica y de nuestros Tribunales se ha cuidado de interpretar flexiblemente propugnando una interpretación extensiva, fruto de la cual es la consideración, hoy inconcusa, de la desaparición de la *affectio maritalis* y la pérdida del deseo o voluntad de vida en común como causa de separación (...) que no se exige encontrar a un cónyuge culpable de la crisis familiar, debiendo entenderse a la ausencia de la ‘*effectio maritalis*’ como dato esencial en la valoración de las situaciones descritas (...)”.

En consecuencia, se aprecia de los referidos fallos, que fue la jurisprudencia de los Tribunales Españoles, la que con el fin de dar solución a las crisis matrimoniales fue generando la reforma que se plasmó en la Ley 15/2005.

Perú

En Perú, mediante la Ley número 27495 del 7 de julio de 2001, se incluyeron dos causas en el régimen de disolución del matrimonio, con las cuales asumieron la incorporación de la doctrina del divorcio remedio o divorcio quiebra.

Así, en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil del Perú se contempla la imposibilidad de hacer vida en común, y en el inciso 12 del mismo artículo establece la causal objetiva de separación de hecho.

La inclusión de la causal de la imposibilidad de hacer vida en común, en la Ley 27495 del 7 de julio de 2001, en el sistema legislativo del Perú para disolver el matrimonio, afirman sus juristas corresponde a la del divorcio remedio considerándola como una subespecie, denominada divorcio quiebra, sobre la que se ha pronunciado el autor Enrique Varsi, indicando *“El desquicio matrimonial se da en aquellas situaciones en las cuales los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación matrimonial; es decir, no existe armonía conyugal (...) ya no hay entendimiento, ni una relación fluida; es absolutamente falta de correspondencia”*.

Asimismo, a través de la Ley 29227 se introdujo en el Perú el divorcio notarial y municipal, en el cual tanto los alcaldes como notarios tienen competencia para declarar la separación convencional.

Colombia

En Colombia, con la entrada en vigencia de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, se creó la figura del llamado divorcio notarial, que constituye un supuesto de “divorcio exprés”. Se encuentra previsto específicamente en el artículo 34 *ejusdem* y ha sido objeto de desarrollo mediante el Reglamento 4436 de 2005, publicado el 28 de noviembre de 2005. Es de mutuo acuerdo, puede ser realizado por el notario que elijan los cónyuges y se formaliza mediante escritura pública.

El artículo 34 de la Ley 962 establece:

Artículo 34.-

Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley.

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

Parágrafo. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.

Requisitos:

- 1) Petición de divorcio de mutuo acuerdo. La misma deberá contener:
 - a) Nombres, apellidos, documentos de identidad y residencia de los cónyuges.
 - b) Acuerdo entre los cónyuges expresando su deseo de que cesen los efectos civiles del matrimonio celebrado. Obligación alimentaria entre los cónyuges si fuese el caso, información acerca del estado de la comunidad conyugal e información sobre los hijos si los hubiera.

c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también debe comprender los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

d) Los siguientes anexos:

- d.1 Copia del registro civil del matrimonio y copia de las actas de nacimiento de los hijos si los hubiera.
- d.2 Poder de los cónyuges a un abogado para que adelante los trámites.
- d.3 Opinión favorable de Defensor de Familia en caso de haber hijos menores, sin perjuicio de la notificación establecida en la ley.

- 2) Introducción de la solicitud y otorgamiento del acta en presencia de un notario.
- 3) Por intermedio de abogado.
- 4) En caso de existir hijos menores, notificación al Defensor de Familia e incorporación obligatoria al acuerdo de las observaciones hechas por éste en su dictamen o concepto, so pena de decaimiento del procedimiento.

Procedimiento

- 1) Debe presentarse ante el notario, por intermedio de abogado, el acuerdo de los cónyuges en el que solicitan la cesación de los efectos civiles del matrimonio, además de los anexos referidos.
- 2) En caso de haber hijos menores de edad, se debe notificar al Defensor de Familia del lugar de residencia de los mismos. El Defensor de Familia correspondiente debe emitir su dictamen en un lapso no mayor de 15 días. Si en ese lapso el Defensor no ha allegado a su concepto, el Notario debe dejar constancia de tal circunstancia, autorizar la Escritura del divorcio y enviar al Defensor una copia de ésta, a costa de los solicitantes. Las observaciones del Defensor deben incorporarse al acuerdo si son aceptadas por los cónyuges. En caso de no aceptar, debe entenderse que se ha desistido del procedimiento.
- 3) Una vez cumplidos todos los requisitos, el notario protocolizará el acuerdo, el poder y todos los anexos, autorizará la Escritura y oficiará a la Autoridad del Registro Civil para que haga la anotación correspondiente.
- 4) Se entiende desistido el procedimiento, si luego de la recepción de la solicitud, transcurren 2 meses o más sin la concurrencia de los cónyuges para el otorgamiento del divorcio.

Argentina

Los datos recolectados se encuentran en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, aún en proceso de discusión, Proyecto elaborado por la Comisión presidida encabezado por el doctor Ricardo Lorenzetti. Respecto del divorcio tiene tres puntos de innovación:

- 1) El divorcio será “incausado”, es decir, para su decreto no requerirá la verificación de ninguna causal. La voluntad de los cónyuges es condición necesaria y suficiente del divorcio.
- 2) Basta con la voluntad de uno solo de los cónyuges para decretar el divorcio.
- 3) No se requiere para el decreto de divorcio ningún tiempo de reflexión.

Requisitos: (art. 438 y siguientes)

- 1) Solicitud de divorcio de al menos uno de los cónyuges.
- 2) Propuesta que regule los efectos del divorcio. Si la solicitud viene de uno de los cónyuges, el otro puede hacer una propuesta distinta. Todas las propuestas de regulación deben contener sus fundamentos. En cualquier caso, el juez puede ordenar, de oficio o a petición de parte, que se incorporen otros elementos que se estimen pertinentes.
- 3) El juez debe evaluar las propuestas, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso, el desacuerdo sobre el convenio puede suspender el decreto de divorcio.
- 4) Si el convenio afecta los intereses de algún miembro de la familia o si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, el Juez debe resolver lo conducente a través del procedimiento previsto en la ley local.

3) El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar, la distribución de los bienes, eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges (prevista para los casos en los que el divorcio provoque a alguno de los cónyuges un desequilibrio económico importante), régimen de responsabilidad parental, con especial atención a la obligación alimentaria, entre otras.

Procedimiento

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no deslinda ningún procedimiento en específico, hace apenas referencia al procedimiento local para encauzar eventuales pretensiones, en caso de no alcanzar acuerdo entre los cónyuges respecto de la propuesta que regula los efectos del divorcio. Sin embargo, es esclarecedora la mención que hace al referir que en ningún caso, el desacuerdo en los efectos del divorcio suspende su declaratoria. Por lo que presumimos que si la solicitud de divorcio es conjunta y no hay objeciones respecto del acuerdo regulador de sus efectos (por afectar negativamente a uno de los cónyuges o algún otro miembro de la familia), la declaratoria debe ser inmediata.

En caso de diversas propuestas de convenio de efectos reguladores del divorcio, el Juez debe convocar una audiencia para evaluarlas, luego de la cual debe declarar el divorcio, independientemente de si se alcanza en ese momento acuerdo o no. Una eventual controversia a este respecto, debe discutirse en procedimiento autónomo sin retrasar la declaratoria del divorcio.

Méjico

Trasfondo ideológico: la idea del divorcio-remedio. Aparición de los supuestos “incausados”, en los que basta la nuda manifestación de uno de los cónyuges de poner fin al vínculo conyugal para declarar el divorcio. Génesis histórica en los sistemas políticos comunistas a inicios del siglo XX, por pérdida de influencia de la religión en la regulación del régimen familiar y su consecuencial secularización. El Divorcio Administrativo de mutuo consentimiento (artículo 272 del Código Civil):

Requisitos:

- 1) Un año o más de la celebración del matrimonio.
- 2) Mutuo consentimiento de los cónyuges.
- 3) Los solicitantes deben ser mayores de edad.
- 4) Deben haber liquidado previamente la comunidad conyugal.
- 5) Prueba de que a mujer no está embarazada.

- 6) Sin hijos o, aún teniéndolos, mayores de edad sin necesidad de alimentos ni de algunos de los cónyuges.

Procedimiento:

Se introduce la solicitud ante el Juez del Registro Civil (figura análoga al del Registrador en Venezuela quien levantará acta de la misma, luego de identificados los cónyuges. Deberá citarlos 15 días después para que ratifiquen su resolución de divorciarse. En caso de ser ratificada la voluntad de divorciarse, el Juez los declarará divorciados y hará la respectiva anotación.

Segundo supuesto: convenio posterior a la demanda unilateral de divorcio. (Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal)

Requisitos:

1) Que un cónyuge provea la solicitud de divorcio unilateralmente presentado con su solicitud:

a) Designación de la persona que tendrá la guardia y custodia de los hijos menores e incapaces.

b) Condiciones en las cuales el progenitor que no ejerce la guardia y custodia ejercerá el derecho de visitas, sin irrumpir el tiempo de comida, sueño y estudios.

c) Modo en el que será satisfecha la obligación de alimentos.

d) Designación del cónyuge que disfrutará del domicilio conyugal.

e) Régimen de administración de los bienes mientras se sustancia el procedimiento así como proyecto de liquidación y partición de la comunidad conyugal si la hubiera, así como de capitulaciones matrimoniales de ser el caso.

f) En caso de que el matrimonio se hubiere celebrado bajo el régimen de separación de bienes, proyecto de compensación al cónyuge que hubiere permanecido realizando las labores del hogar y al cuidado de los hijos y que no haya podido adquirir patrimonio proporcional al del otro cónyuge (que no puede ser mayor al 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio).

2) Convenio posterior con el cónyuge no solicitante respecto de las propuestas señaladas anteriormente, que no contravenga ninguna disposición legal.

Procedimiento

Cumplidos los requisitos anteriormente señalados, el juez aprobará dicho convenio y declarará de plano el divorcio mediante sentencia. De no lograrse el acuerdo exigido, el juez dictará sentencia declarando el divorcio, salvaguardando el derecho de las partes de impugnar alguno o todos los puntos del convenio por vía incidental.

En Venezuela, la Sala Constitucional aprecia que resultan convalidables en derecho los esfuerzos realizados por la Sala de Casación Social de este Supremo Tribunal que, en la sentencia ya citada Núm. 446/2005, en un intento de adecuar las pretensiones de las partes, dejó establecido en un juicio de divorcio, cuanto sigue:

“Para decidir, la Sala observa:

La primera de las pruebas que se señala omitida, carece de relación con la controversia principal, que versa sobre la continuación o disolución del matrimonio, pues la demandada no reconvino en divorcio.

El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general.

Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley.

La existencia de previas o contemporáneas injurias en las cuales pueda haber incurrido el cónyuge demandante, darían derecho a la demandada a reconvenir en la pretensión de divorcio, pero de manera alguna pueden desvirtuar la calificación de injuriosa dada por el Juez a las expresiones y actos de la demandada; por el contrario, hacen más evidente la necesidad de declarar la disolución del vínculo conyugal.

Los motivos de la conducta del cónyuge demandado, por las razones antes indicadas, no pueden desvirtuar la procedencia del divorcio; por consiguiente, las evidencias a las cuales se refiere la denuncia no son capaces de influir en lo decidido y la omisión parcial del examen de las pruebas no impidió a la sentencia alcanzar su fin.

Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial.

Asimismo, en sentencia Núm 107/2009 (caso: *César Allan Nava Ortega vs. Carol Soraya Sánchez Vivas*) esa misma Sala de Casación Social dejó sentado:

La doctrina patria distingue dos corrientes en relación al fundamento jurídico del divorcio, a saber: i) el divorcio sanción, en el cual el cónyuge inocente pide que se castigue -mediante la declaratoria de la disolución del matrimonio- al cónyuge culpable, en virtud de haber transgredido en forma grave, intencional e injustificada sus deberes matrimoniales; y ii) el divorcio remedio, que lo concibe como una solución al problema de la subsistencia del matrimonio, cuando éste -de hecho- ha devenido intolerable, independientemente de que pueda atribuirse tal situación a uno de los cónyuges, de modo que no hay un culpable y un inocente (Vid. Francisco López Herrera: *Derecho de Familia*, Tomo II, 2ª edición. Banco Exterior - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 180-181; Isabel Grisanti Aveledo de Luigi: *Lecciones de Derecho de Familia*, 11ª edición. Vadell Hermanos Edit., Caracas, 2002, pp. 283-284).

La tesis del divorcio solución fue acogida por esta Sala en decisión N° 192 del 26 de julio de 2001 (caso: *Víctor José Hernández Oliveros contra Irma Yolanda Calimán Ramos*), al sostener que:

El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general.

Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley.

La existencia de previas o contemporáneas injurias en las cuales pueda haber incurrido el cónyuge demandante, darían derecho a la demandada a reconvenir en la pretensión de divorcio, pero de manera alguna pueden desvirtuar la calificación de injuriosa dada por el Juez a las expresiones y actos de la demandada; por el contrario, hacen más evidente la necesidad de declarar la disolución del vínculo conyugal.

Los motivos de la conducta del cónyuge demandado, por las razones antes indicadas, no pueden desvirtuar la procedencia del divorcio (...).

Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial.

No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio.

Nótese que la Sala dejó sentado que la corriente del divorcio remedio incide en la interpretación de todas las causales de divorcio -y no sólo la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común-, pese a que la doctrina señala algunas causales como inspiradas en la idea del divorcio sanción, en especial las previstas en los ordinales 1° al 6° del artículo 185 del Código Civil (*Vid. López Herrera, op. cit.*, p. 181; Grisanti, *op. cit.*, p. 284). En consecuencia, aunque la falta del cónyuge demandado no configure una transgresión injustificada a sus deberes conyugales -al estar motivada por una falta previa o simultánea del cónyuge demandante, que puede fundamentar una reconvencción en su contra-, igualmente procederá el divorcio, pero no como un castigo a un cónyuge culpable, pues el demandado no merece ser castigado.

Ahora bien, es indispensable aclarar que en todo caso, y con independencia de la posición doctrinaria que se asuma, debe estar demostrada la causal de divorcio que haya sido alegada, como condición *sine qua non* de la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial, tal y como se dejó sentado en la citada sentencia N° 102/2001, al afirmarse que “(...) *el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando **demostrada la existencia de una causal de divorcio**, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial (Resaltado añadido)*”.

En el marco del interés del Estado por la protección de la familia, frente a la perpetuidad del matrimonio destaca la excepcionalidad del divorcio, el cual sólo opera por las causales taxativamente enumeradas por la ley. En consecuencia, no es suficiente la voluntad de los cónyuges, o de uno de ellos, para lograr la disolución del vínculo matrimonial, sino que es necesaria la preexistencia de hechos o actos específicamente determinados por la ley, y que constituyen las causales de divorcio; así, el juez únicamente podrá declarar el divorcio cuando haya sido invocada y demostrada la ocurrencia de alguna o algunas de las causales previstas en el Código Civil -incluyendo el transcurso de un año una vez declarada judicialmente la separación de cuerpos y la prolongada ruptura de la vida en común, contempladas en el primer aparte del artículo 185, y en el artículo 185-A del referido Código-.

En este orden de ideas, la doctrina del divorcio solución no constituye una nueva causal de disolución del vínculo conyugal que modifique el elenco contenido en la ley, sino tan solo una concepción o explicación del divorcio como causa excepcional de extinción del matrimonio.

En el presente caso, conteste con lo expuesto *supra*, visto que el juzgador de la recurrida declaró el divorcio, de oficio, por una situación que no formaba parte del *thema decidendum*, se constata que no decidió conforme a la pretensión deducida y a las defensas opuestas, como debió hacerlo en aplicación del artículo 243, ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual incurrió en el vicio de incongruencia positiva.

En consecuencia, la Sala casa de oficio la sentencia recurrida, al no cumplir con el principio dispositivo, que implica el deber del Juez de atenerse a lo alegado y probado en autos; por tanto, anula el fallo impugnado y repone la causa al estado en que el Juzgado Superior que resulte competente resuelva nuevamente el recurso de apelación intentado, juzgando *ex novo* acerca de la procedencia o no de las causales de divorcio invocadas, pero sin incurrir en el vicio evidenciado. Así se decide.

Es indiscutible para esta Sala Constitucional que quien se une en matrimonio aspira y se compromete a las obligaciones que de tal institución derivan, definidas en el encabezamiento del artículo 137 del Código Civil cuando establece: “*Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*”.

Asimismo, es indudable que el cónyuge, aun habiéndose comprometido moral y jurídicamente a esa relación, puede con posterioridad y debido a innumerables razones sobrevenidas estar interesado en poner fin al matrimonio. Ese interés debe traducirse en un interés jurídico procesal, de acudir a los órganos jurisdiccionales e incoar una demanda donde pueda obtener una sentencia que ponga fin al vínculo conyugal.

Desde luego que esa posibilidad no está negada y el ordenamiento jurídico ofrece como mecanismo la demanda de divorcio, empero cuando se limita éste de manera irrestricta a una tipificación que en la actualidad luce sumamente estrecha, nos encontramos frente a un vacío, que hace nugatorio el núcleo central del derecho por lo menos en lo que al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva se refiere, específicamente a obtener una sentencia judicial favorable que tutele la libertad del individuo de decidir un importante aspecto de su vida, a través del divorcio, frente a una regulación pre constitucional escasa, incapaz de satisfacer las expectativas creadas frente a las vicisitudes de la vida y las nuevas tendencias sociales.

De la tangibilidad de estos derechos debe concluirse que la previsión del artículo 185 del Código Civil, que establece una limitación al número de las causales para demandar el divorcio, deviene insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales ya comentados devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a obtener una tutela judicial efectiva. Es decir, que en la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva.

IV

Ahora bien, vista las anteriores consideraciones realizadas en torno a la institución del divorcio, analizada e interpretada, en aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 20 y 26, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que **las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento.**

Asimismo, es necesario considerar la atribución de competencia de los jueces u juezas de paz que otorga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012, para declarar el divorcio por mutuo consentimiento, al disponer en su artículo 8.8 que los jueces y juezas de paz son competentes para: *“Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud”*.

Ello así, en atención a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, **los cónyuges cuyos hijos sean menores de edad que de mutuo acuerdo deseen divorciarse**, acudirán ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en función de sustanciación y mediación del lugar donde hayan establecido su último domicilio conyugal y, previo acuerdo igualmente, expreso e inequívoco, de las instituciones familiares que les son inherentes, para solicitar y obtener, en jurisdicción voluntaria, una sentencia de divorcio. Así se declara.

En consecuencia, deberán los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes permitir con base en la doctrina contenida en el presente fallo tramitar conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria, previsto en los artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las solicitudes de divorcio de mutuo consentimiento que presenten ambos cónyuges, sin más exigencias que el acta de matrimonio y de nacimiento de los niños, niñas y adolescentes de que se trate, así como el acuerdo previo de los cónyuges acerca de las instituciones familiares, esto es, lo relativo a la responsabilidad de crianza del o los menores de edad que hubiesen procreado, la responsabilidad de crianza y custodia, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar, a efectos de que sean evaluados por el Juez de niños, niñas y adolescentes y determinar si son convenientes para los niños, niñas o adolescentes de que se trate y conferir la homologación, en caso de que no lo sea el Juez o Jueza ordenará su corrección. La homologación del acuerdo acerca de las instituciones familiares será requisito necesario para la declaratoria del divorcio.

Vista entonces la solicitud de revisión presentada a esta Sala y en virtud del análisis de la decisión impugnada y de los argumentos invocados por el solicitante, no se advierte que la decisión objeto de revisión haya incurrido en una interpretación grotesca o errada del Texto Fundamental, o de la doctrina de esta Sala; ni que la misma haya vulnerado el orden público constitucional o principios jurídicos fundamentales y menos aún que la decisión objeto de revisión haya violado derechos constitucionales del quejoso, toda vez que la Sala de Casación Social descendió a las actas del expediente y luego del estudio de las mismas, analizando el acervo probatorio, determinó que *“el sentenciador de la recurrida, lejos de declarar la disolución del vínculo matrimonial con base a una causal no alegada por las partes -tal como lo alegó el recurrente al fundamentar la denuncia del vicio de incongruencia positiva-, consideró que se había verificado la causal contemplada en el artículo 185, ordinal 2° del Código Civil, -abandono voluntario- razón por la cual declaró con lugar la demanda; al respecto es necesario aclarar que si bien el juez hizo alusión a la concepción del divorcio como un remedio o solución conteste con la jurisprudencia emanada de esta Sala de Casación Social, ello no implicó que se saliera del thema decidendum planteado por las partes, ni que sustentara el divorcio en una inexistente causal de divorcio”*.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala advierte que de los argumentos que sustentan el ejercicio de la presente solicitud de revisión constitucional sólo se evidencia la intención del solicitante de demostrar su discrepancia con el fallo que le fue adverso, lo cual no es

objeto de este mecanismo extraordinario de tutela constitucional, pues se requiere del planteamiento de unos supuestos específicos que aseguren, además, un ejercicio apropiado a la defensa real de los preceptos y principios constitucionales, ya que no cabe duda alguna que la revisión es una vía que establece el ordenamiento jurídico para volver al estudio de una sentencia que ha alcanzado su firmeza definitiva, al haber agotado todas las instancias ordinarias posibles, con el fin de preservar la interpretación de una norma constitucional, lo que es de vital importancia para el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, esta Sala aprecia que en el presente caso ambas partes plantearon como petición última el divorcio, es decir, uno de los cónyuges presentó una demanda de divorcio y el otro, una posterior reconvencción, que como es sabido, es la demanda que plantea el demandado contra el actor en la oportunidad de contestar la demanda, de tal manera que, era común a los litigantes la misma pretensión; tal similitud de peticiones y de objetivo de los cónyuges-litigantes, obligaron a la Sala a reflexionar acerca de la justificación que puede tener el sostenimiento de un juicio como el presente cuando las partes deseaban lo mismo, esto es, la disolución del vínculo matrimonial que los unía.

Por tanto, en consideración a la potestad extraordinaria, excepcional y discrecional de esta Sala Constitucional, con la finalidad de uniformar los criterios constitucionales para la garantía de la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales que conlleva a la seguridad jurídica, y en atención a los razonamientos expuestos, declara no ha lugar a la solicitud de revisión constitucional de la decisión dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, el 20 de abril de 2012, interpuesta por el ciudadano Francisco Anthony Correa Rampersad. Así se declara.

Finalmente, visto los diversos pronunciamientos judiciales en la materia se exhorta al Poder Legislativo nacional a emprender una revisión de la regulación vigente a los fines de sistematizar los criterios jurisprudenciales dictados.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial*

A. *Régimen de los jueces: Ausencia de estabilidad de los jueces provisorios*

TSJ-SPA (494)

6-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Wiliem Asskoul Saab vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

No se requiere de un procedimiento previo para dejar sin efecto el nombramiento de jueces provisorios.

...Corresponde a la Sala decidir el recurso de nulidad incoado por el abogado Williem ASSKOUL SAAB contra el acto administrativo de fecha 17 de enero de 2013 dictado por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia que dejó sin efecto su designación como Juez Provisorio del Juzgado de los Municipios Brión y Eulalia Buróz de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda.

El actor adujo incompetencia, usurpación de funciones, violación a los derechos a la defensa y al debido proceso, prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, inmotivación, argumentos que serán analizados en ese orden.

1.- Incompetencia y usurpación de funciones:

Con relación a la incompetencia esta Sala ha precisado lo siguiente:

“(...)’Ahora bien, acerca del invocado vicio, esta Sala ha establecido lo siguiente:

‘...la competencia ha sido definida como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por la ley. De allí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal. Por tanto, determinar la incompetencia de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado sin que medie un poder jurídico previo que legitime su actuación; en este sentido, sólo de ser manifiesta la incompetencia, ella acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.’ (Vid., entre otras, Sentencia N° 1.133 del 4 de mayo de 2006).

Asimismo, respecto a los grados de incompetencia, esta Sala, en la sentencia N° 539 del 1° de junio de 2001 (caso Rafael Celestino Rangel Vargas contra Ministro de Relaciones Exteriores) expresó lo que sigue:

‘En cuanto al vicio de incompetencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido básicamente tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones.

La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa’. (...).

Adicionalmente, importa destacar que sólo la incompetencia manifiesta es causa de nulidad absoluta, única con efectos retroactivos, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, es manifiesta la incompetencia que es burda, grosera, ostensible y por tanto, equivalente a situaciones de gravedad en el actuar administrativo al expresar su voluntad, para que sea considerada como causal de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (...).” (sentencia N° 0186 del 12 de febrero de 2014) (Resaltado de la Sala).

En el presente caso el actor alegó que tanto para la imposición de sanciones disciplinarias (amonestación, suspensión y destitución) como para la remoción del cargo de Juez debe abrirse una averiguación ante la jurisdicción disciplinaria judicial creada por el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana desde el 2009, que el 16 de septiembre de 2011 se instaló el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial que constituyen la primera y segunda instancia del proceso para juzgar y sancionar las irregularidades cometidas por los jueces en el ejercicio de sus cargos, que a tenor de lo establecido en los artículos 2 y 39 *eiusdem* corresponde a los órganos de la jurisdicción disciplinaria el conocimiento, sustanciación y decisión de los procedimientos disciplinarios iniciados contra los jueces sea cual fuere su categoría, que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia carece de competencia para sancionar y remover a los jueces, pues ello corresponde a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, que la mencionada Comisión Judicial usurpó las funciones

que le corresponden al Tribunal y a la Corte Disciplinaria Judicial, por lo que su decisión debe ser anulada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Al respecto se observa que esta Sala ha analizado en oportunidades anteriores lo atinente a la competencia de la Comisión Judicial y ha establecido lo siguiente:

“(…) En definitiva y sin menoscabo de la indiscutible participación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano de rango constitucional con carácter auxiliar en la descrita Normativa, y modificada su estructura por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al mencionar que se trata de un órgano dependiente jerárquica y funcionalmente del Tribunal Supremo de Justicia; no cabe duda de la legitimidad de la Comisión Judicial para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Así cuenta la Comisión Judicial con la posibilidad de actuación en todo aquello que, sin ser atribución específica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, considere el Máximo Tribunal como una tarea directa que le compete y que pueda eventualmente ser desarrollada por el cuerpo que ha sido creado para actuar en su representación, entre las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el tema del ingreso y permanencia de los jueces provisorios o temporales dentro del Poder Judicial.

Ahora bien, a los fines de esclarecer los límites de la competencia de dicha Comisión, particularmente en lo que se refiere a la separación de un funcionario del Poder Judicial, es básico hacer la diferencia entre el retiro que se origina en una causa disciplinaria y cuando, por el contrario, tiene lugar mediante un acto de remoción, el cual es equivalente a dejar sin efecto su designación.

Es necesario precisar así que la función disciplinaria en toda su extensión, esto es, sobre jueces titulares que han alcanzado la garantía de estabilidad por haber mediado el concurso de oposición respectivo, y los jueces provisorios, ha sido dirigida en forma exclusiva por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como un órgano creado con carácter transitorio, hasta la creación de la jurisdicción disciplinaria.

*Distinto es el caso cuando está referido a la remoción directa de un funcionario de carácter provisorio o temporal, y **sin que opere alguna causa disciplinaria**, dado que tal atribución en la actualidad se encuentra a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por delegación expresa que hiciera la Sala Plena. Vale decir, que tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, **de forma provisorio o temporal**, como para dejar sin efecto su designación, cuando así sea acordado por la mayoría de sus miembros, y siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación de los órganos encargados especialmente de aplicar las sanciones.*

De este modo, y con base en los razonamientos señalados, advierte la Sala que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para actuar, dentro de los límites indicados, en el nombramiento y separación de los funcionarios designados con carácter provisional.

Una vez delimitada la competencia de la Comisión Judicial de este Alto Tribunal, observa la Sala:

(…) Caso contrario es cuando el funcionario goza de titularidad, pues tiene siempre el derecho a ser sometido al procedimiento administrativo correspondiente y no podía la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia decidir su remoción, ya que, se insiste, la garantía de estabilidad se la otorga el haber resultado vencedor en el concurso de oposición previsto al efecto.

(…) Así, esta Sala considera que al haber sido designada la actora sin que mediara concurso de oposición alguno, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que tiene en-

tre sus funciones la de los nombramientos de los Jueces Provisorios o Temporales, también tiene la facultad de dejar sin efecto sus nombramientos, sin la exigencia de someterlos a un procedimiento administrativo previo, ni la obligación de motivar o dar razones específicas y legales de su remoción. (Vid., entre otras, Sentencias de esta Sala N° 00015 del 14 enero de 2009, 00480 del 27 de mayo de 2010 y 00868 del 22 de septiembre de 2010). (...)” (Sentencia N° 1183 del 06 de agosto de 2014) (Resaltado del fallo).

En atención al criterio parcialmente transcrito la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia tiene entre sus funciones los nombramientos de los Jueces Provisorios o Temporales, y la de dejar sin efecto tales nombramientos, **y no tenía atribuida** la función disciplinaria la cual era competencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial **hasta tanto se constituyera el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial** (constituidos a través de los actos legislativos del 09 de junio de 2011, publicados en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.693 de fecha 10 de junio de 2011).

Asimismo por sentencia del 07/2013 [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 134 de 2013 en pp. 133 y ss.] la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

“(...) 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 ínsita 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 Inspectoría 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. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 516 del 07 de mayo de 2013) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).

El fallo parcialmente citado, entre otras determinaciones, suspendió la aplicación del procedimiento disciplinario contemplado en el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios por no tratarse de jueces que han ingresado por concurso a la carrera judicial y estableció que la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional le corresponde a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Con fundamento en los dos fallos citados, esta Sala Político-Administrativa concluye que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia era competente para nombrar los Jueces Provisorios o Temporales y para dejar sin efecto tales nombramientos.

En el presente caso, se constata según los recaudos que cursan en autos (folios 5, 6, 7 del expediente judicial) y lo alegado por el actor en su recurso que este ocupaba el cargo de

Juez **Provisorio** del Juzgado de los Municipios Brión y Eulalia Buróz de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, por lo que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia sí era competente para dejar sin efecto su designación como en efecto lo hizo el 17 de enero de 2013, y que dicha decisión no correspondía a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial a la que le atañe lo relativo al ámbito disciplinario de los jueces titulares, es decir, de aquellos que ingresaron al Poder Judicial por concurso. Así se decide.

Con fundamento en las consideraciones expuestas se desestima la denuncia de incompetencia y usurpación de funciones alegadas. Así se decide.

IV. ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Derecho de Propiedad. Confiscación*

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones la Madrugada C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente INISTR (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda)

Resolución N° 009 del 22 de febrero de 2012:

En cuanto a este acto administrativo de efectos particulares, la accionante alegó que *“ejecuta la resolución administrativa general que le antecede”*, y que en consecuencia *“también es inconstitucional e ilegal, por constituir el desarrollo de un acto jurídico contrario a Derecho [la Resolución N° 020] (...) razón por la cual (...) se encuentra afectado de nulidad absoluta”*.

Esta denuncia ha de ser desestimada por la Sala por vía de consecuencia, en virtud de haber resultado improcedente la nulidad de la *“resolución administrativa que le antecede”*, es decir, la Resolución N° 020 del 20 de febrero de 2008. Así se determina.

La recurrente también adujo que el acto impugnado transgredió *“el principio de globalidad, exhaustividad o congruencia del acto administrativo (...) [al] no haberse analizado los hechos alegados como efectivamente ocurrieron y no haberle aplicado las disposiciones legales pertinentes”*.

Respecto al vicio denunciado, esta Sala (ver sentencia N° 0011 del 12 de enero de 2010) ha establecido que la Administración se encuentra obligada a tomar en cuenta y analizar todos los alegatos y defensas opuestas por las partes *-al inicio o en el transcurso del procedimiento-* al momento de dictar su decisión, en atención al principio de globalidad o exhaustividad administrativa previsto en los artículos 62 y 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 62. El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”.

“Artículo 89. El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados”.

En el caso de autos debe reiterarse que la denuncia de violación al principio de globalidad y exhaustividad de la decisión administrativa fue formulada por la representación de la accionante en forma genérica, ya que no se precisaron en el escrito recursivo cuáles fueron concretamente los argumentos supuestamente silenciados por la Administración. Por el con-

trario, en el escrito contentivo del recurso de nulidad, tan solo se hace referencia a que “no existi[ó] un análisis global de los hechos de cuya consideración debía partirse”, careciendo de esta manera de explicaciones, sin especificar en qué consistían los hechos que -según afirmó- no fueron analizados y las disposiciones legales que no fueron aplicadas.

No obstante lo anterior, en relación a que “no se analizaron los hechos alegados como efectivamente ocurrieron...” es necesario precisar que el Ministro del Poder Popular para el Ambiente, en el acto impugnado, se pronunció sobre todos los alegatos planteados por la accionante, a saber: violación de la irretroactividad de la ley, violación del derecho a la participación en los asuntos públicos, violación al principio de la reserva legal, violación del principio de publicidad de los actos generales y vicio de falso supuesto (de hecho y de derecho).

Por lo antes expuesto, debe este Máximo Tribunal desechar el alegato de violación al principio de globalidad y exhaustividad de la decisión administrativa, expuesto por la representación judicial de la accionante. Así se determina.

Por otra parte, la sociedad mercantil recurrente también alegó que la Administración, a través de la Resolución N° 009 del 22 de febrero de 2012 le “impide (...) disfrutar y disponer del inmueble llamado ‘Madrugada’ identificado con el N° 30 (...) lo que se traduce en una privación de la totalidad del uso, goce y disfrute del bien inmueble”, denunciando en consecuencia la violación del principio de no confiscación establecido en el artículo 116 del Texto Constitucional.

Al respecto, el artículo 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla el denominado principio de no confiscatoriedad, de la manera siguiente:

“Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

La transcripción que antecede pone de relieve la relatividad del derecho de propiedad, al establecer la posibilidad de que el Estado pueda sustraer coactivamente del patrimonio de una persona, sin indemnización alguna, la propiedad de determinados bienes en resguardo del interés general.

La afirmación que precede guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 115 del Texto Constitucional, en el que, aun cuando se garantiza el derecho de propiedad, sin embargo, también se prevé que “la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.

De manera que la propiedad no es un derecho absoluto, toda vez que está sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acordes con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general (ver, entre otras, sentencias de esta Sala números 00940 del 6 de agosto de 2008 y 01385 del 30 de septiembre de 2009).

En tal sentido, aprecia la Sala que aun cuando el derecho de propiedad no es absoluto y está sometido a ciertas restricciones, en el caso objeto de estudio no se produjo confiscación alguna por parte de la Administración, ya que el acto impugnado no sustrajo coactivamente del patrimonio de la recurrente, sin indemnización alguna, la propiedad del inmueble denominado “Madrugada”. Ergo, resulta improcedente esta denuncia. Así se determina.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Procedimiento Administrativo

A. Principio de Legalidad

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.).

De lo *ut supra* transcrito, se desprende que la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), informó al ciudadano Roberto Enrique Viloria Vera, que el documento presentado ante dicha Academia, como su trabajo de incorporación a la Junta de Individuos de Número del aludido ente académico, no cumplía con los requisitos de forma y fondo presuntamente para tales trabajos, que le fuera requerido mediante la comunicación s/n de fecha 31 de enero de 2011, razón por la cual, dicha Institución consideró que no procedía su incorporación a la referida Junta señalado que ello era de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Reglamento interno de la aludida Academia.

[*Omissis*]

En ese sentido, resulta importante señalar que del análisis efectuado a las normas legales y Reglamento interno correspondiente que rigen la materia, no fue posible constatar la existencia de parámetros adicionales que hubieren sido preestablecidos por las aludidas normas, a los fines de determinar los “parámetros científicos, académicos y morales”, que debió cumplir el trabajo de incorporación del demandante, alegados por el apoderado judicial de la parte demanda en la audiencia de juicio antes indicada. Aunado a ello, del examen efectuado a los autos se desprende que transcurrió el procedimiento legalmente establecido para la presente demanda, sin que dicha parte demandada, consignara elemento alguno del cual pudieran corroborarse las determinación de tales elementos de forma y contenido, presuntamente necesarios.

Ello así, resulta imperioso advertir, que analizados como han sido los preceptos legales y normativos antes indicados (las Disposiciones Legales y Reglamentarias que rigen la Academia Nacional de Ciencias Económicas y específicamente el Reglamento N° 2 de la Ley de la referida Academia), se observó que los mismos si bien desarrollan el procedimiento por el cual se registrará la incorporación a la Junta de Individuos de Número de la Academia recurrida, no establecen información alguna relacionada con los requisitos que presuntamente deben contener los trabajos de incorporación solicitados para el ingreso como miembro de la Junta de Individuos de Número del ente Académico, así como tampoco en el resto del articulado de la Ley de la referida Academia.

Siendo ello así, se evidencia de autos que la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), al momento de notificar al ciudadano Roberto Enrique Viloria Vera, parte demandante, su elección como integrante del Registro de Candidatos a Individuos de Número, invitándolo a “incorporarse al seno de la Academia (...) como Individuo de Número ocupando el sillón N° 4”, no le indicó los requisitos y parámetros que a juicio de dicha Academia, debía cumplir el trabajo de incorporación a ser presentado, elementos estos, que según se corroboró, no están establecidos en las normas legales, ni en los artículos del Reglamento interno precedentemente analizados, ni fueron consignados ante esta Instancia Jurisdiccional, en consecuencia, debe concluirse que la decisión administrativa cuya nulidad se demanda, efectivamente causó un estado de indefensión al demandante. Así se declara.

En virtud de lo anteriormente declarado, es necesario advertir que la omisión en las normas legales y sub-legales que rigen a la Academia Nacional de Ciencias Económicas (ANCE), referente al ingreso de los Individuo de Número a la referida Academia, así como también la omisión de señalarle a los candidatos los requisitos de forma y fondo que debe contener el trabajo de incorporación solicitado, deja al margen la discrecionalidad de los Miembros a evaluar dichos trabajos, por cuanto los mismo determinarían si parámetro alguno los ciudadanos que ingresaría o no al ente académico, lo cual puede traer como consecuencia la arbitrariedad de las acciones de los mismos. Así se declara.

[*Omissis*]

Aunado a ello, el demandante denunció que el referido ente Académico violó el principio de legalidad previsto en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que el trabajo de incorporación del recurrente no cumple con los requisitos de forma y fondo respectivos, cuando dichos requisitos no se encuentran establecidos en ninguna de las disposiciones legales.

En atención a lo cual, conforme a lo decidido precedentemente, en virtud de haber sido corroborado por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que el ente demandado se extralimitó al impedir la incorporación del demandante, por el incumplimiento de unos requisitos que no están estipulados en el ordenamiento jurídico que rigen el caso de autos (las Disposiciones Legales que rigen la Academia Nacional de Ciencias Económicas, ni en el Reglamento N° 2 de la Ley de la referida Academia), y se existente en cualquier otra normativa, no fueron informados oportunamente al demandante, debe concluirse que dicho acto constituyó una transgresión a sus derechos al debido proceso y a la defensa, así como al principio de legalidad de los actos administrativos, consagrados en la Carta Magna. Así se decide.

[*Omissis*]

En virtud de ello y vista la violación al derecho al debido proceso y a la defensa, así como al principio de legalidad, en la cual incurrió la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), al establecer que el trabajo de incorporación del recurrente no cumple con los requisitos de forma y fondo respectivos, cuando dichos requisitos no se encuentran establecidos en disposición alguna de las que rigen el referido ente Académico, ni fueron indicados al demandante, aunado al hecho que la consecuencia jurídica de la no incorporación del demandante como Individuo de Número en la Academia, antes identificada, en virtud del rechazo del trabajo de incorporación del mismo, no se encuentran legalmente establecida en el ordenamiento jurídico que rige el caso de autos, resulta imperioso para este Órgano Jurisdiccional declarar la NULIDAD del acto contenido en la comunicación S/N de fecha 14 de marzo de 2013, suscrito por el Presidente y Secretario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.). Así se decide.

B. *Garantía del debido proceso*

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.)

Determinado el ámbito subjetivo de la presente causa, este Órgano Jurisdiccional antes de entrar a conocer sobre los vicios denunciados por la representación judicial de la parte demandante, observa que alegó la vulneración del derecho al debido proceso y sus derechos derivados, los cuales emergen directamente de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela como garantías aplicables a toda clase de procedimientos que se ventilen, bien ante la Administración Pública, bien ante el Poder Judicial, razón por la cual al ser un derecho de rango constitucional esta Corte considera imperioso emitir un pronunciamiento con carácter previo sobre dicha denuncia.

Es por ello, que resulta necesario traer a colación lo contemplado específicamente en los numerales 1, 3 y 6 del 49 de la Carta Magna, cuya transgresión fue denunciada por la parte demandante, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (...)

(...*Omissis*...)

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistente (...). (Negrillas de esta Corte).

El artículo precedentemente transcrito, consagra el derecho al debido proceso, el cual ha sido entendido como una diversidad de derechos para el administrado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a la defensa, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, al acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal o decisor competente, independiente e imparcial; a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias y el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

Ello así, debe observarse que el derecho al debido proceso conjuntamente con el derecho a la defensa, constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, por ello, no puede la Administración, actuar con carácter meramente discrecional, sin observar los procedimientos establecidos normativamente, pues ello implicaría un total menoscabo al derecho a la defensa y al debido administrado y una contravención a los postulados y principios del Estado Social de Derecho y de Justicia, propugnado por el Constituyente Venezolano. (*Vid.* Sentencia N° 2014-1420 dictada por esta Corte en fecha 20 de octubre de 2014, caso: *Karen María Pino Peña*).

Claramente, conforme a los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Carta Magna, el derecho a la defensa, desde la óptica o en el marco del debido proceso, implica el respeto al principio de contradicción, así como la protección del derecho a ser notificado, el derecho a que se oigan y analicen oportunamente los alegatos de cada una de las partes y de que éstas conozcan tanto dichos alegatos como las pruebas aportadas al proceso, es decir, que se les garantice al individuo el acceso a las actuaciones del caso. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa, y con ello, violación del debido proceso, cuando el sujeto no conoce el procedimiento que puede afectar sus intereses o cuando se le impide de modo real o manifiesto su participación en el mismo, siendo concebida la decisión que le afecta con total o incontestable estado de indefensión. (Negrillas y subrayado de esta Corte).

Sobre el particular, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1541, de fecha 4 de julio de 2000, caso: *Gustavo Pastor Peraza*, ha destacado que: “ (...) la violación del derecho a la defensa se produce cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarles, se les impide su participación en él o el

ejercicio de sus derechos, o se les prohíbe realizar actividades probatorias, o no se les notifican los actos que les afectan lesionándoles o limitándoles el debido proceso que garantizan las relaciones de los particulares con la Administración Pública”. (Negrillas de esta Corte).

Por otra parte, es prudente señalar, de acuerdo a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 49 de la Carta Magna que el principio de legalidad procura la seguridad jurídica de los particulares y a tal efecto establece la obligación de la Administración a atenerse estrictamente al ordenamiento jurídico normativo, es decir, que este principio resguarda los intereses y los derechos de los particulares a través de la consagración expresa de normas que estipulen los modos de actuar y los efectos de su incumplimiento de manera objetiva, de tal suerte que la actuación administrativa se produzca con apego a la misma y los actos dictados al administrado sean consecuencia legal y directa de la aplicación de la norma correspondiente.

2. *Actos Administrativos*

A. *Definición: La necesaria producción de efectos jurídicos*

SPA-TSJ (516)

7-5-2015

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Francisco Ramos vs. Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República.

Los actos con naturaleza informativa que no generan gravamen a su destinatario no son actos administrativos y, por lo tanto, no pueden ser impugnados.

...Ahora bien, observa la Sala que el Oficio impugnado no constituye un acto administrativo, por cuanto no crea ni extingue algún derecho del recurrente. En efecto, dicho “Oficio” sólo tiene una naturaleza informativa y, por tanto, no genera gravamen a su destinatario, pues no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, por lo que esta Sala Político-Administrativa considera que el Oficio Nro. 07-02-524 del 22 de julio de 2013, dictado por la Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, no tiene la naturaleza de un acto administrativo susceptible de ser impugnado; razón por la cual esta Sala concluye que el recurso contencioso administrativo de nulidad de autos resulta inadmisibile. Así se declara.

...De lo expuesto, se evidencia que en el caso bajo análisis el acto administrativo que impide la juramentación del recurrente como Contralor Municipal es la Resolución Nro. 01-00-000130, de fecha 2 de abril de 2009, por medio de la cual el Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela, ofició a la Presidencia y demás Miembros del Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas, a los fines de ordenar al referido Concejo Municipal no juramentar a ningún participante del concurso público convocado, u otra persona, para ocupar el cargo de Contralor Municipal. Este acto es el que en definitiva, puede ser impugnado con los recursos judiciales que el ordenamiento jurídico dispone, y en los lapsos legalmente establecidos. Así se declara.

En virtud de las razones expuestas, la Sala declara Sin Lugar la apelación ejercida por el apoderado judicial del ciudadano Francisco Ramos contra la decisión Nro. 2014-1092 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 10 de julio de 2014, mediante la cual declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. En consecuencia, se confirma el fallo apelado en lo atinente a la inadmisibilidat de la demanda, en los términos expresados en este fallo. Así se declara.

B. *Actos administrativos de efectos generales: participación ciudadana mediante consulta popular*

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones la Madrugada C.A. vs. Ministro del Poder Popular para el Ambiente (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda).

..Resuelto lo anterior, pasa este Máximo Tribunal a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, respecto a lo cual, de acuerdo a los alegatos de la empresa accionante, primero se resolverá la impugnación del acto administrativo de efectos generales, y luego las denuncias contra la providencia administrativa de efectos particulares.

Resolución N° 020 del 27 de febrero de 2008

En relación a esta Resolución, la recurrente adujo que *“fue dictada en violación del derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos reconocido en los artículos 62 y 70 de la Constitución y del procedimiento administrativo de consulta pública previa, desarrollado en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública”*.

La apoderada judicial de la sociedad mercantil Promociones La Madrugada C.A. alegó que tal desconocimiento al derecho a la participación en los asuntos públicos afecta de nulidad absoluta la referida providencia administrativa, *“conforme lo establecen el artículo 25 de la Constitución en concordancia con los artículos 49.1, 62 y 70 eiusdem (...) y el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública”*.

Por su parte, la representación judicial de la República adujo que no se configuró el vicio de violación al derecho a la participación en los asuntos públicos, por cuanto el proceso de consulta pública *“lo puede realizar cualquier persona mediante escrito con sus observaciones y comentarios”* y que la Administración *“no podía conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación”*.

Vistos los alegatos expuestos, esta Sala Político-Administrativa observa que el principio de participación ciudadana se encuentra previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos siguientes:

“Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

“Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

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

En desarrollo de las normas constitucionales sobre el derecho a la participación ciudadana, la Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), aplicable *ratione temporis*, previó el procedimiento a seguir cuando los entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, así:

“Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales

Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desear o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante.

La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción.

Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla". (Destacado de la cita y subrayado de este fallo).

En cuanto a la interpretación de estas normas, mediante sentencia N° 932 del 25 de junio de 2009, esta Sala expuso lo siguiente:

"Las normas legales antes transcritas, en consonancia con el artículo 62 de la Constitución, prevén la obligación de los órganos de la Administración Pública de promover la participación popular en la gestión pública y en el deber en que están de remitir el proyecto propuesto a las comunidades organizadas y sectores interesados de la sociedad a fin de celebrar una consulta pública, cuando se trate de casos de aprobación de normas.

Así, cualquier persona u organización puede presentar observaciones, sugerencias o comentarios sobre la normativa propuesta durante el período establecido para tal efecto. Asimismo, en la fecha de la celebración de la consulta pública, se permitirá que expertos, funcionarios, comunidades y organizaciones expongan sus opiniones, hagan preguntas y realicen objeciones y observaciones a las normas e, incluso, pueden plantear un proyecto nuevo, con la salvedad de que el resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante".

En el mismo sentido, mediante sentencia del 17/2013 [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 136 de 2013 en pp. 166 y ss.] (caso: *Red de Padres y Representantes*), estando ya en vigencia el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008), en el cual se mantuvo en similares términos dichas normas, pero en sus artículos 139 y 140, este Sala dictaminó lo siguiente:

*“(…) se debe precisar que ambas disposiciones legales fortalecen y profundizan la **participación ciudadana** en la formación, ejecución y control de la gestión pública, dentro de la cual se incluye la actividad normativa, desarrollando los postulados establecidos en los artículos 62 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la intervención popular es esencial en el modelo democrático trazado por el Constituyente venezolano de 1999, ya que las decisiones que adopten los órganos del Poder Público en ejercicio de sus facultades y potestades constitucionales, no pueden ser impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía. Por ello, en la parte final del citado artículo 139 eiusdem, se establece el carácter no vinculante de la consulta pública pero a su vez se exalta su carácter participativo.*

*En este contexto se debe destacar, que la consulta pública surge como **expresión del derecho a la participación ciudadana**, bajo el entendido de que se trata de un derecho constitucional que garantiza la intervención deliberada y consciente de los ciudadanos, a través de los mecanismos e instrumentos establecidos en la Carta Fundamental y desarrollados en la Ley, con la finalidad de incidir en la toma de decisiones de los entes públicos relativas a la gestión pública. La citada Ley Orgánica de la Administración Pública (2008).*

*En concreto, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como **mecanismos de participación ciudadana**, los siguientes:*

(...omissis...)

En particular, acerca de la consulta pública se debe indicar que su finalidad es propiciar escenarios de participación ciudadana y establecer una comunicación activa y permanente entre los actores sociales, organizaciones comunales y las autoridades, a los efectos de socializar el respectivo anteproyecto normativo. Como objetivo específico, se insiste, destaca el difundir la información y promover la participación de la sociedad, sistematizando los intereses generales de los ciudadanos como integrantes de la comunidad y garantizando con ello la satisfacción de sus necesidades públicas, al incorporarlas en el anteproyecto o en la toma de decisiones”. (Destacado de la cita).

Como puede apreciarse, este Alto Tribunal ha considerado que las normas contenidas en los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, aplicable en razón del tiempo, fortalecen y profundizan la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública, en virtud de que la intervención popular es esencial en el modelo democrático diseñado por el Constituyente.

En tal sentido, se desprende la obligación de los órganos o entes públicos encargados de la adopción de normas legales, reglamentarias o de cualquier otra jerarquía, de remitir el anteproyecto para su consulta a “*las comunidades organizadas*”. No obstante, se prevé que “*durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto*”.

Por tanto, aun cuando el mencionado proceso de consulta queda abierto a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación del órgano o ente público de realizar la remisión del anteproyecto a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, esta queda circunscrita, en los términos de dicha norma, a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos.

De lo expuesto se colige que, sin perjuicio del derecho a participación que tiene cualquier persona en los procesos de consulta a que haya lugar, quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos antes mencionados debe acreditar que cumplió con su carga de probar que se ha constituido como una “*comunidad organizada*” y que se encuentra inscrito en el registro al que alude el segundo aparte del artículo 135 *eiusdem*, ya que de lo contrario, como lo ha mencionado esta Sala en decisiones anteriores, “*no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de dirigir para su consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango, a esa determinada organización (...). Lo anterior se justifica debido a la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación*” (ver sentencias números 1.063 y 1.621 de fechas 25 de septiembre de 2008 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

Circunscribiéndonos al caso de autos, se aprecia que la representación judicial de la parte actora no alegó ni demostró que su mandante se haya organizado de forma tal que fuera del conocimiento del ente público emisor de la resolución impugnada, previo a su publicación, por lo que esta Sala considera que la Administración no tenía la obligación de remitir a la accionante de manera individualizada el proyecto contentivo de las normas recurridas, menos aún si no demostró encontrarse establecida en el sentido que establece la mencionada Ley, al referirse a las “*comunidades organizadas*”, lo que pudo haber surgido en el Ministerio accionado la obligación de tomarla en cuenta a tales fines. Así se establece.

Adicionalmente, se advierte que el Legislador, en el artículo 137 de la referida Ley establece una excepción a la declaratoria de nulidad absoluta de la norma emitida cuando no se hubiere cumplido con el procedimiento de la consulta previa, consistente en: emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en preservar la seguridad y protección de la sociedad, en cuyos casos la Presidenta o Presidente de la República, la gobernadora o gobernador, la alcaldesa o alcalde podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa.

Siendo así, se aprecia que en el caso bajo examen, la Resolución 020 del 27 de febrero de 2008 tiene como fundamento “*la obligación del Estado de **conservar y proteger el Parque Nacional Archipiélago Los Roques** [por lo que] es necesario regular la venta y construcción de infraestructuras...*”. (Resaltado de este fallo).

Al respecto, cobra relevancia el derecho constitucional al ambiente (artículo 127), por lo que en criterio de esta Sala, los derechos relativos a su preservación en virtud del interés general que representa, deben prevalecer sobre derechos particulares, por cuanto constituye una obligación de todos los órganos del Estado, a tenor de lo establecido en el mencionado artículo 127 del Texto Fundamental, velar por el cumplimiento de tal preeminencia, en primer término, para el beneficio de las generaciones presentes; y, en segundo lugar, para la protección de las generaciones futuras, en virtud de las repercusiones que las normas de protección ambiental producen no solo en el entorno inmediato de las comunidades circundantes a las áreas a favor de las cuales se dictan, sino porque tales consecuencias trascienden y afectan la calidad de vida de los seres humanos y los animales, contribuyendo a fortalecer el frágil equilibrio de los ecosistemas. Por tales razones, el artículo 127 *eiusdem* prevé la protección del ambiente como un derecho de interés colectivo de las generaciones presentes y futuras, que impone al Estado la obligación de crear y proteger los parques nacionales. (Ver fallo de esta Sala N° 653 del 7 de mayo de 2014).

En torno al derecho al ambiente, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia N° 1736 del 25 de junio de 2003, dictaminó lo siguiente:

“Ya esta Sala en sentencia N° 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, estableció la obligación del juez de protección del derecho al ambiente, cuando con claridad señaló:

‘La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectoras, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte’.

Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona enclavada dentro de un territorio declarado como Parque Nacional.

Ese efecto expansivo de los daños al medio ambiente han sido incluidos dentro de la categoría de los llamados intereses difusos o colectivos, en sentencia N° 00-656 del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén, donde se precisó:

‘Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captado por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país, afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona’...’.

Lo anterior nos lleva indefectiblemente a concluir que en el marco de un estado democrático y social de derecho y de justicia, que limita el derecho de propiedad por causas de utilidad pública y el interés general o social, debe tener preeminencia la protección de los derechos ambientales frente al interés particular, pues el mandato contenido en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exige a los órganos y entes del Estado la defensa de todas aquellas medidas dirigidas a proteger el ambiente, sobre todo a los parques nacionales, por ser estos áreas de especial importancia ecológica.

En consecuencia, considera este Máximo Tribunal que se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aplicable *ratione temporis*, dado que la resolución impugnada se dictó a los fines de la protección del ambiente, específicamente del parque nacional Archipiélago Los Roques; vale decir, se materializó la preeminencia de los intereses colectivos (ambientales) sobre los intereses particulares.

Ergo, tanto por no haber demostrado la accionante encontrarse establecida como una “comunidad organizada”, y por haberse configurado la excepción prevista en el aludido artículo 137, no resulta procedente la declaratoria de nulidad absoluta por no haberse llevado a cabo la consulta previa para la emisión de la resolución impugnada, como lo pretende la representación judicial de la parte recurrente, en consecuencia, se desestima el alegato de violación del derecho a la participación ciudadana. Así se determina.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Contencioso Administrativo de anulación

A. Lاپso de caducidad

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones La Madrugada C.A. vs. Ministro del Poder Popular para El Ambiente (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda).

Primeramente debe este Alto Tribunal resolver los alegatos de la Procuraduría General de la República, referente a la inadmisibilidad de la acción y la solicitud de suspensión de la causa.

Al respecto, la representación judicial de la República adujo que la parte accionante “dejó transcurrir el lapso legalmente establecido, aplicable -ratione temporis- de seis (6) meses que disponía para interponer el correspondiente Recurso de Nulidad -para la época-, contados a partir del vencimiento del plazo de noventa (90) días hábiles que tenía la Administración para decidir el Recurso Jerárquico ejercido en fecha 07 de noviembre de 2008; debido a que la omisión de pronunciamiento ocurrido por parte de la Administración, no abre nuevamente la vía judicial”.

Esta Sala -en asuntos análogos al de autos- en sentencias números 00028 y 00230 fechadas 13 de enero y 17 de febrero de 2011, determinó lo que a continuación se transcribe:

“...el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, aplicable racione temporis, el cual se encontraba consagrado en el artículo 134 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y que se reproduce en similares términos en el artículo 32 de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que:

‘Artículo 21.- En los juicios en que sea parte la República deberá agotarse previamente el procedimiento administrativo establecido en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y supletoriamente se aplicará lo contenido en las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley.

(...Omissis...)

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la administración caducarán en el término de seis (6) meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales. Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta (30) días’.

La disposición parcialmente transcrita prevé un lapso de caducidad de seis (6) meses para la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos de efectos particulares dictados por la Administración, incorporando dentro de dicho

lapso aquellos casos en los que ha operado el silencio negativo de la Administración, esto es, que no se ha producido una decisión expresa en el término de noventa (90) días contados a partir de la fecha del ejercicio del recurso administrativo.

Al respecto, cabe destacar que la figura del silencio negativo debe concebirse como una garantía del particular frente a la inercia de la Administración, teniendo aquél la facultad de elegir entre acogerse al silencio administrativo de efectos negativos, y por tanto intentar oportunamente el recurso inmediato siguiente; o bien esperar la decisión tardía de la Administración, en cuyo caso, el lapso de caducidad empezaría a computarse una vez que la Administración emitiera la decisión correspondiente cumpliendo con su deber constitucional de ofrecer respuesta frente a las peticiones de los particulares. (Destacado de la Sala).

En tal sentido, del criterio antes referido, se advierte que el particular tiene la opción de elegir entre acogerse al silencio administrativo, y de esta manera intentar oportunamente el correspondiente recurso de nulidad; o por el contrario, esperar la decisión tardía de la Administración, en cuyo caso el lapso para ejercer el recurso de nulidad comenzaría a computarse una vez que fuese notificado de dicha decisión.

Ateniéndonos al presente caso, se observa que la empresa recurrente optó por esperar la decisión de la Administración, la cual se produjo en fecha 22 de febrero de 2012 y fue notificada mediante oficio del 16 de julio de 2012, fecha a partir de la cual comenzó a computarse el lapso de caducidad. Por tanto, al haber sido incoado el recurso de nulidad el 20 de diciembre de 2012, aprecia esta Sala que fue interpuesto dentro de los ciento ochenta días continuos previstos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no habiéndose producido la caducidad que alegó la representación judicial de la República, ergo, se desestima tal argumento. Así se establece.

2. Competencia respecto de actos de las Academias Nacionales

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente. Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.)

Antes de entrar a conocer el fondo de la presente controversia, esta Corte considera imperioso pronunciarse sobre el argumento expuesto por la representación judicial de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), mediante los escritos de consideraciones y de informes consignados el 26 de febrero y 3 de abril de 2014, ante este Órgano Jurisdiccional, relacionados con la supuesta afirmación "(...) ni esta Corte ni los demás órganos jurisdiccionales, tendrían competencia para revisar el contenido de la decisión, al ser impugnada judicialmente, porque se trata de un veredicto sobre la calidad científica del trabajo en cuanto a forma y contenido que el recurrente ha presentado y no de una decisión sobre cuestiones jurídicas, por lo que de hacerlo, esta Corte y los demás órganos jurisdiccionales usurparían una competencia académica, que es exclusiva de la ANCE y no del Poder Judicial (...)". (Mayúsculas del escrito). Tal alegato, llama la atención de este Tribunal Colegiado en virtud que el mismo encierra la presunción por parte del ente demandado, de la existencia de actos administrativos que a su juicio no son revisables por los Órgano Jurisdiccionales, ante lo cual resulta oportuno destacar, en primer lugar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la actuación de todos y cada uno de los entes y funcionarios que integran la Administración Pública, debe en todo momento, ser realizada "(...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Aunado a

ello, debe observarse que existen los denominados “actos de autoridad”, los cuales han sido consagrados por la jurisprudencia como una categoría especial de actos, como una forma a través de la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa controla las actuaciones de ciertos entes que si bien se crean bajo la forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas por una disposición legal y sus actos son capaces de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos, ello somete a tales actos, a la potestad de revisión de los órganos jurisdiccionales. Esta tesis ha sido reiterada por la Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 215 de fecha 29 de abril de 2009, caso: *Rosario Trigo vs Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA)*, al precisar que: “(...) el acto impugnado encuadra dentro de los denominados doctrinaria y jurisprudencialmente ‘actos de autoridad’, los cuales podrían ser definidos en sentido lato, como aquéllos emanados de personas de derecho privado conforme a delegaciones que les hace la Ley, en procura de satisfacer fines de interés público propios de la actividad administrativa, impugnables en consecuencia ante la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium del Estado. (En este sentido, vid. decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, casos: *Ma. Josefina Bustamante y Ramón Escovar León, ambos vs. Universidad Católica Andrés Bello*, de fechas 24 de noviembre de 1986 y 19 de enero de 1988, respectivamente)”. (Subrayado del original). De acuerdo con el anterior criterio, para que se verifique un acto de autoridad, debe existir un ente (aún de derecho privado), que en virtud de una disposición legal, ejerza potestades públicas o un servicio público, lo que apareja la atribución de prerrogativas destinadas a tutelar el interés general en la actividad de servicio público y sus actos “(...) en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium” son capaces de afectar la esfera jurídica de los particulares; actos éstos sujetos a revisión por parte de los Órganos Jurisdiccionales, a fin de evitar posibles arbitrariedades. En ese sentido, aplicando lo *ut supra* al caso de autos se observa, que el acto objeto de impugnación, fue dictado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas (ANCE), en uso del imperium, la cual, conforme a lo establecido en la Ley de la Academia de Ciencias Económicas (mediante la cual se ordenó su creación), facultándola para emitir actos dotados de ejecutoriedad y ejecutividad, en el marco de la misión que le fue conferida, para el desarrollo económico y social, en razón del estudio y mejoramiento del ordenamiento económico venezolano. Asimismo, se desprende del texto normativo contenido en el artículo 2 *eiusdem*, que la referida Academia es calificada como una corporación “de carácter público, con personalidad jurídica, patrimonio distinto del Fisco Nacional, autonomía académica, organizativa y económica”, por lo cual, debe observarse el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1986 del 23 de octubre de 2007, caso: *Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales*, se refirió a la naturaleza jurídica de las Academias, señalando lo siguiente: “(...) Sobre la naturaleza de las Academias, la Sala estima que se trata de personas jurídicas de Derecho Público, sometidas, por tanto, no sólo a un régimen preponderantemente iuspublicista, sino que están encuadradas en la estructura del Estado, razón que las hace sujetarse a los límites que se exigen para todos los entes por los cuales el Estado actúa. Por su función, se trata -dentro del Estado- de entes administrativos. Así, las Academias son parte de la Administración Pública, tanto orgánica como funcionalmente. Tal condición deriva de estar inserta en el aparato público y desarrollar actividades públicas. (...*Omissis*...)”

En ese sentido, si las Academias son entes estatales, no pueden escapar, ni siquiera por su carácter científico, de los controles a los que la evolución histórica ha sometido al Estado. Sería una carencia del sistema jurídico permitir una actividad de carácter público en los que estén ausentes los controles para la toma de decisiones. Por ello se hace necesario -como con toda la Administración-, que las resoluciones que se adopten cuenten con supuestos ciertos, y que los móviles que han llevado a ellas sean los correctos. El Estado de Derecho condiciona

la actuación de las Academias, como es natural, y les obliga a decidir sobre sus futuros integrantes con base en criterios que puedan ser objeto de control, no con ánimo de disminuir o eliminar su autonomía y su libertad de criterio (en el entendido de que sólo el estudio y la libre reflexión son esenciales en el academicismo), sino de proteger los derechos de todos los ciudadanos de la República que, contando con méritos para ello, deseen incorporarse en tales Corporaciones” (Negrillas de esta Corte). Asimismo, es importante advertir que si bien es cierto que el acto recurrido, contenido en la comunicación S/N de fecha 14 de marzo de 2013, suscrito por el Presidente y Secretario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), cuya nulidad constituye el objeto de la presente controversia, es en principio una decisión académica, no es menos cierto que el aludido acto pone fin al procedimiento de ingreso o la incorporación a la Junta de Individuos de Número de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), por lo tanto la decisión contenida en el mismo, podría lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos al prenombrado ciudadano, motivo por el cual, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, dicho acto es recurrible ante esta Instancia Jurisdiccional. Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, contrariamente a lo alegado por el apoderado judicial de la parte demandante, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, es competente para revisar la legalidad del acto administrativo objeto de impugnación, toda vez que el mismo puede lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos del demandante, aunado al hecho que dicha Academia demandada, forma parte de la Administración Pública, en consecuencia el acto objeto de impugnación es revisable por este Órgano Jurisdiccional, de conformidad con lo establecido por el Juzgado de Sustanciación de esta Corte, mediante la decisión dictada en fecha 17 de septiembre de 2013, anteriormente identificada, que declaró competente a éste Órgano Jurisdiccional para conocer y decidir la presente causa, contra la cual, cabe destacar, no fue ejercido el recurso de apelación correspondiente, por lo tanto se desestima el alegato bajo análisis. Así se decide.

3. *Efectos de la anulación: Prohibición de reedición del acto anulado*

TSJ-SC (695)

2-6-1015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

A fin de pronunciarse en el presente caso, esta Sala precisa que en el ámbito del Derecho Administrativo, la jurisprudencia pacífica ha señalado que un “acto reeditado” es aquel que “*se presenta idéntico en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, o por otra de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intervención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria cuando ya han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente (...)*” (sSPA-CSJ del 09-06-98, caso: *Aerovías Venezolanas S.A. (AVENSA)*).

Por su amplio desarrollo, no se discute ya la llamada tesis de los “actos reeditados”, según la cual, una vez que se haya declarado la nulidad de un determinado acto jurídico, no se puede burlar dicha declaratoria a través de la emisión de otro de igual contenido sustancial; “[s]e trata de entender inconstitucional no sólo un artículo concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una disposición concreta” señaló esta Sala Constitucional en sentencia N° 728/2006 del 5 de abril, recaída en el caso: *Sonia Sgambatti*.

Incluso, esta Sala ha declarado que en casos de reedición de normas, en el sentido de *repetición* del texto, es procedente extender los efectos de la decisión anulatoria inicial, a fin de abarcar con ellos la nueva disposición, sin necesidad de un nuevo juicio, como único mecanismo para hacer efectivo el fallo que resolvió la demanda de inconstitucionalidad (sentencias N° 181/2006, (caso: *Rafael Chavero*). [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 105 de 2006 en pp. 220 y ss.] y 728/2006 caso: *Sonia Sgambatti*. [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006 en pp. 262 y ss.]).

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la constitucionalidad de las Leyes. Prohibición de reedición de las Leyes anuladas. Poderes de anulación de oficio*

TSJ-SC (695)

2-6-1015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

La presente nulidad de oficio por reedición debe ser decidida *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición normativa parcialmente examinada, esto es, el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal (antes 395) ya fue anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 29 de junio de 1999; lo que denota que el presente asunto no requiere de contradictorio ni de actividad probatoria alguna previo a la decisión respectiva. Así se decide.

Ahora bien, el artículo 395 del Código Penal vigente para la fecha (cuya última reforma se había efectuado en 1964, mediante Ley publicada en la *Gaceta Oficial* N° 915 del 30 de junio de 1964) preveía en su segundo aparte lo siguiente:

“Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida, **si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta**” (Destacado de este fallo).

En aquella oportunidad, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en fallo del 29 de junio de 1999, al pronunciarse sobre el recurso de nulidad parcial por inconstitucionalidad e ilegalidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, interpuesto por los abogados Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini, resolvió lo siguiente:

“Tal como señala el ciudadano Fiscal General de la República, en su escrito contentivo de la opinión del Ministerio Público, el aspecto fundamental de la inconstitucionalidad alegada por los recurrentes, está referido a la discriminación de que serían sujeto tanto la mujer casada como la divorciada, así como la ‘deshonesta’, en lo tocante a la indemnización civil prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, el cual es del siguiente tenor:

‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’.

En relación con la norma que se examina, los recurrentes han sostenido que la ‘indemnización dotal es distinta de las reparaciones e indemnizaciones generales y por tanto es de presumirse que puedan exigirse acumulativamente, y la seducida, violada o raptada tenga derecho a: A) a los perjuicios materiales, como gastos de embarazo y de parto; B) a los perjuicios morales que se traducen en el capital dotal; C) a los perjuicios indirectos futuros, educación y mantenimiento del hijo, que sería la pensión alimenticia’.

Esta Corte comparte la opinión sostenida por el ciudadano Fiscal General de la República en el sentido de que de la lectura ‘de los artículos 113 del Código Penal y 7° del Código de Enjuiciamiento Criminal, no se evidencia que en ellos se haga distinción ninguna, en cuanto a la responsabilidad civil; ésta persigue siempre que tenga relación directa con el delito imputado y a tal efecto sea condenado el reo’.

En efecto, el principio fundamental que rige la materia concerniente a la responsabilidad civil de los reos, se encuentra contenida en el artículo 113 del Código Penal, el cual expresa en su encabezamiento, en forma enfática, que toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta ‘lo es también civilmente’.

En adición a lo anterior debe observarse lo establecido en el artículo 1.196 del Código Civil, el que expresa ‘que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito’.

El segundo aparte del artículo 395 del Código Penal no limita, pues, en concepto de esta Corte, el derecho a una indemnización civil en los casos de delitos de seducción, violación o rapto, únicamente a las mujeres solteras o viudas y, en todo caso, honestas.

[*Omissis*]

Con sujeción a la doctrina precedentemente establecida, esta Corte en Pleno observa que la norma que es objeto de examen contempla una discriminación distinta a la alegada por los recurrentes, en los términos que se indican a continuación:

Ciertamente, el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, cuya nulidad se solicita, establece la procedencia de una condena de oficio, en lo tocante a la indemnización civil prevista en dicho aparte, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la mujer ofendida por los delitos de seducción, violación o rapto, sea soltera o viuda y, en todo caso, honesta;
- b) Que el reo por la comisión de los delitos señalados en el literal anterior, no haya contraído matrimonio con la mujer ofendida; la que, como se estableció precedentemente, debe ser soltera o viuda y, en todo caso, honesta.

El artículo 126 del Código Penal establece que los condenados como responsables criminalmente, lo serán también en la propia sentencia, por una parte, a la restitución de la cosa ajena o su valor; y por otra parte, serán sujetos de condena por lo que respecta a las costas procesales correspondientes. Para el caso de que el agraviado se haya constituido en acusador y parte civil, la indicada norma también prevé la indemnización de perjuicios a la que haya lugar.

[*Omissis*]

Es el caso. Sin embargo, como anteriormente se ha señalado, que en el aparte segundo del artículo 395 del Código Penal, se establece una condenatoria de oficio de la indemnización civil a favor de la mujer soltera o viuda y, en todo caso honesta, cuando el reo por la comisión de los delitos de seducción, violación o rapto no haya contraído matrimonio con la ofendida.

Lo anterior constituye una violación a lo establecido en el artículo 61 de la Constitución, en que prohíbe de manera categórica, las discriminaciones fundadas, entre otros motivos, en la condición social de las personas.

Ciertamente, la imposición de oficio de la condena correspondiente a la indemnización civil, establecida en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, está restringida únicamente, respecto a la mujer ofendida que tenga el estado civil de soltera o viuda y, que sea en todo caso, honesta.

Tal disposición constituye, por una parte, una discriminación respecto de las mujeres que tengan la condición de divorciadas y casadas, quienes tendrían que constituirse en parte civil, con el objeto de lograr el pago de la indemnización civil que les corresponda.

Por otra parte, la condena de oficio atinente a la indemnización civil, prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, tiene como premisa fundamental que la mujer ofendida sea en todo caso honesta, lo cual también implica una discriminación fundada en la condición moral de la persona.

En lo tocante a lo sostenido en el párrafo precedente, en el sentido de que constituye una discriminación fundada en la condición moral de la persona, la exigencia prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, pues se requiere que la mujer ofendida por los delitos de seducción, violación o rapto, sea en todo caso honesta, para que proceda la condenatoria de oficio de la indemnización civil, esta Corte observa lo siguiente:

La garantía de la no discriminación, consagrada en el artículo 61 de la Constitución, al aludir a *'la raza, el sexo, el credo o la condición social'* como los supuestos respecto a los cuales el principio opera, no hace tal señalamiento con carácter taxativo. Por el contrario, en el espíritu de la norma está presente el derecho a la igualdad, consagrado en el Preámbulo de la Constitución, que ha de interpretarse en su forma más amplia; es decir, reconociendo la de todos los individuos ante la ley, salvo los casos que específicamente ella señale, como es el relativo a los derechos políticos.

La doctrina y la jurisprudencia han sido constantes en incluir como motivos de discriminación a otros supuestos fuera de los precedentemente indicados; dentro de los cuales, cabe mencionar el estado civil, la profesión, las condiciones de salud, las relativas a la apariencia física u otras análogas.

Así, en sentencia de 17 de noviembre de de 1998 de esta Corte en Pleno, al referirse al indicado artículo 61, se señaló:

'La norma constitucional se refiere a las diferencias de trato derivadas de la raza, el sexo, el credo o la condición social. La doctrina y la jurisprudencia han ampliado los anteriores elementos, incorporando situaciones no previstas expresamente, como lo son, la edad, la lengua, el parentesco, el estado civil y el grado de cultura'.

En el caso presente se observa que la calificación de mujer honesta constituye un elemento discriminatorio de la **condición moral**, elemento éste, que como tal constituye un supuesto autónomo; por lo cual resulta innecesario subsumirlo dentro de los enunciados del artículo 61, tales como la condición social.

Esta Corte observa, que la discriminación objeto de examen en esta sentencia, se encuentra contenida en la parte final del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, en específico, en la expresión *'si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta'*.

En razón de lo precedentemente expuesto, esta Corte se limitará, en su parte dispositiva, a declarar la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, con el objeto de conservar, a favor de la ofendida, la condenatoria de oficio establecida en dicha norma, por vía de indemnización civil, sin discriminación alguna.

En vista del pronunciamiento anterior, esta Corte estima innecesario considerar el resto de los argumentos de los recurrentes, que versan sobre la infracción del artículo 46 de la Constitución y de los artículos 3, 5 y 6 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, al verificarse una sola razón fundamental concluyente para anular el acto. Tal ha sido el criterio expuesto, entre otros, en sentencia dictada en 5 de diciembre de 1996 por la Corte en Pleno, caso Nulidad de artículos de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones antes expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara **la nulidad parcial** del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, en lo que respecta al texto contenido en dicha norma **'si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta'**, por colidir con el artículo 61 de la Constitución, en los términos expresados.

Con motivo de la nulidad anterior, el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, debe entenderse así: **‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida’**.

Conforme a la previsión contenida en el artículo 119 de la Ley Orgánica de este Supremo Tribunal, se ordena publicar en el sumario de la *Gaceta Oficial*, lo siguiente: ‘Sentencia que declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal’.

Como puede observarse del texto transcrito *supra*, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en protección a la garantía de la no discriminación, consagrada en el artículo 61 de la derogada Constitución, al aludir a *‘la raza, el sexo, el credo o la condición social’* como los supuestos respecto a los cuales ese precepto operaba; declaró la nulidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, tras considerar su colisión con el mencionado artículo 61 constitucional.

Ahora bien, en el año 2000 la Comisión Legislativa Nacional, en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 6, numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se estableció el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2.000, dictó un Código Penal, el cual quedó publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000. Los cambios principales respecto del Código de 1964 estaban referidos a los delitos de porte ilícito y uso ilícito de armas de fuego, desaparición forzada de personas, colocación de obstáculos en la vía pública y asalto a unidades de transporte.

Sin embargo, ese Código reimprimió en el segundo aparte del artículo 395 la disposición que había sido anulado mediante fallo del 29 de junio de 1999, por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, referida a si la mujer ***‘fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’***. De hecho, el artículo conservaba el mismo número, pues, como se ha dicho, ese Código Penal fue sólo una modificación parcial del anterior Código de 1964. De esa forma, la disposición anulada por la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno fue reeditada en el ordenamiento jurídico venezolano a partir del 20 de octubre de 2000, fecha de publicación del Código Penal en la *Gaceta Oficial*.

Asimismo, en el año 2005 se produjo una nueva reforma del Código Penal, la cual se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005 y se reimprimió, por error material, en la *Gaceta* N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de ese mismo año. Esa reforma, la de 2005 exigió la publicación en *Gaceta Oficial* tanto de la Ley de Reforma como del Código resultante. De esa manera, fue publicado el texto íntegro del vigente Código Penal, con inclusión de las disposiciones sobre la atenuación de pena que fueron anuladas en 1964; siendo que en dicha reforma también fue repetida la cláusula referida a si la mujer ***‘fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’***, como supuesto para resarcir el daño ante la seducción, violación o rapto por indemnización civil o por matrimonio; ya no en el artículo 395 sino el artículo 393, pues la reforma implicó una alteración en la numeración del articulado.

En efecto, ese artículo 393 en su segundo aparte es el examinado en el caso *sub lite*, cuyo texto es del tenor siguiente:

“Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida **si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta**” (Destacado añadido).

Como se observa, se trata de la misma norma anulada en la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, reeditada en el año 2000 y que, al no ser objeto de reforma en el año 2005, sigue plasmada en el vigente Código Penal.

Así las cosas, es evidente que la norma examinada (contenida hoy en el segundo aparte artículo 393 del vigente Código Penal) fue objeto de anulación por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, y que la motivación de dicha sentencia anulatoria, aunque referida al artículo 61 de la Constitución de 1961, vigente para aquella oportunidad, se ajusta absolutamente a lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del siguiente tenor:

“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 [omissis]”.

No procede ahora iniciar un nuevo proceso, puesto que el mismo conduciría nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal; siendo que lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, ninguno puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el asunto examinado no es replanteable.

Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes. No es ese el caso de autos, pues en el caso *sub lite* existe la peculiaridad de que la disposición normativa anulada fue reeditada en el año 2000 y entrando nuevamente en vigencia en el año 2005, y es otra vez susceptible de que se declare su inconstitucionalidad y, por tanto, sea objeto de anulación.

Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una *disposición* concreta: en este caso, *la condición moral y el estado civil de las mujeres*. De ese modo, si esa cláusula ya fue objeto de nulidad por parte de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento al ser exactamente el mismo, no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, dada su reedición, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

Tal es así que esta Sala en la sentencia N° 728/2006 del 5 de abril, recaída en el caso: *Sonia Sgambatti*, tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en Pleno había anulado, por sentencia del 5 de marzo de 1980, el artículo 423 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimpresión) se repitió el texto de la norma anulada, si bien con otra numeración (el artículo 423 pasó a ser 421). [OMISSIS] [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006 en pp. 262 y ss.]

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

PRIMERO: NULO el artículo 421 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980, por ser **REEDICIÓN** del artículo 423 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

SEGUNDO: **ORDENA** la publicación íntegra de este fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, la cual señalará en el Sumario, lo siguiente: ‘DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA NULO EL ARTÍCULO 421 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO EL 5 DE MARZO DE 1980, POR SER REEDICIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* N° 915 EXTRAORDINARIO, DEL 30 DE JUNIO DE 1964’.

El precedente judicial antes citado es aplicable al caso *sub lite*, constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno en 1999 y la publicada en los años 2000 y 2005, esta Sala Constitucional procede a anularla *in limine*, a fin de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición de la misma del acto con efectos *erga omnes*, sino también la imposibilidad de incorporarla nuevamente al ordenamiento jurídico penal. Así se decide.

Por otra parte, visto que cuando la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció acerca de la nulidad por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 (hoy artículo 393) del Código Penal (*G.O.* N° 915 extraordinario, del 30.06.1964), (actualmente recogido en el artículo 393 del Código Penal (*G.O.* N° 5.763 Extraordinario del 16.03.2005, reimpresso por error material en la *G.O.* N° 5.768 Extraordinario del 13.04.2005) no había sido promulgada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni estaba vigente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (*G.O.* N° 38.647 del 19.03.2007, reimpressa por error material en la *G.O.* N° 38.668 del 23.04.2007 y reformada según *G.O.* N° 40.548 el 25-11-2014), esta Sala Constitucional, en tanto máximo garante de la constitucionalidad y en ejercicio de sus atribuciones estima pertinente efectuar las precisiones siguientes:

El artículo 393 del Código Penal vigente, intitulado “*MATRIMONIO. EFECTOS*” establece:

“El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos 374, 375, 376, 378, 387, 388 y 389 quedará exento de pena si antes de la condenación contrae matrimonio con la persona ofendida; y el juicio cesará de todo punto, en todo lo que se relacione con la penalidad correspondiente a estos hechos punibles.

Si el matrimonio se efectúa después de la condenación, cesarán entonces la ejecución de las penas y sus consecuencias penales.

Los reos de seducción, violación o raptó serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta

PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos legítimos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

Por su parte, los artículos 42, 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, disponen lo siguiente:

Violencia física

Artículo 42

El que mediante el empleo de la fuerza física cause un daño o sufrimiento físico a una mujer, hematomas, cachetadas, empujones o lesiones de carácter leve o levísimo, será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses.

Si en la ejecución del delito, la víctima sufre lesiones graves o gravísimas, según lo dispuesto en el Código Penal, se aplicará la pena que corresponda por la lesión infringida prevista en dicho Código, más un incremento de un tercio a la mitad.

Si los actos de violencia a que se refiere el presente artículo ocurren en el ámbito doméstico, siendo el autor el cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantenga relación de afectividad, aun sin convivencia, ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo o afín de la víctima, la pena se incrementará de un tercio a la mitad.

La competencia para conocer el delito de lesiones conforme lo previsto en este artículo corresponderá a los tribunales de violencia contra la mujer, según el procedimiento especial previsto en esta Ley.

Violencia Sexual

Artículo 43

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Si el autor del delito es el cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien la víctima mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

El mismo incremento de pena se aplicará en los supuestos que el autor sea el ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo afín de la víctima.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de quince a veinte años de prisión.

Si la víctima resultare ser una niña o adolescente, hija de la mujer con quien el autor mantiene una relación en condición de cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantiene o mantuvo relación de afectividad, aún sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

Acto carnal con víctima especialmente vulnerable

Artículo 44

Incorre en el delito previsto en el artículo anterior y será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión, quien ejecute el acto carnal, aun sin violencias o amenazas, en los siguientes supuestos:

1. En perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años.
2. Cuando el autor se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco con la víctima, cuya edad sea inferior a los dieciséis años.
3. En el caso que la víctima se encuentre detenida o condenada y haya sido confiada a la custodia del agresor.
4. Cuando se tratare de una víctima con discapacidad física o mental o haya sido privada de la capacidad de discernir por el suministro de fármacos o sustancias psicotrópicas.

Actos lascivos

Artículo 45

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas y sin la intención de cometer el delito a que se refiere el artículo 43, constriña a una mujer acceder a un contacto sexual no deseado, afectando su derecho a decidir libremente su sexualidad, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de dos a seis años de prisión.

En la misma pena incurrirá quien ejecute los actos lascivos en perjuicio de la niña o adolescente, aun sin violencias ni amenazas, prevaliéndose de su relación de autoridad o parentesco.

Ahora bien, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia estableció los tipos penales de “*violencia física, violencia sexual, acto carnal con víctima especialmente vulnerable y actos lascivos*”, no contemplando como una causa de exclusión de la pena el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio con el culpable, de modo que tal forma de autocomposición procesal, bajo ningún concepto, tiene cabida en el procesamiento de los delitos de violencia de género.

Es de destacar que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia se promulgó como un instrumento legal que desarrolla la preeminencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a las mujeres víctimas de la violencia de género, la cual es vista a nivel mundial como un asunto de *salud pública*, cuyas raíces se encuentran en la cultura patriarcal de nuestra sociedad, caracterizada por la subordinación y discriminación hacia la mujer; impidiendo así el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el de la *igualdad ante la ley*.

Es por esa razón que la exposición de motivos del mencionado instrumento legal, al referirse a la violencia por razones sexistas, señala lo siguiente:

“Un gravísimo problema, contra el cual han luchado históricamente las mujeres en el planeta entero es la violencia que se ejerce contra ellas por el sólo hecho de serlo. La violencia de género encuentra sus raíces profundas en la característica patriarcal de las sociedades en las que prevalecen estructuras de subordinación y discriminación hacia la mujer que consolidan conceptos y valores que descalifican sistemáticamente a la mujer, sus actividades y sus opiniones.

Es así como cualquier negativa o rechazo al poder masculino es vivida por el hombre agresor como una trasgresión a un orden ‘natural’ que ‘justifica’ la violencia de su reacción en contra de la mujer. Se trata, pues, de una violencia que se dirige sobre las mujeres por ser consideradas, por sus agresores como carentes de los derechos fundamentales de libertad, respeto, capacidad de decisión y del derecho a la vida. La violencia contra la mujer constituye un grave problema de salud pública y de violación sistemática de sus derechos humanos, que muestra en forma dramática, los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer por razones de sexo en la sociedad”.

Necesario es además acotar que el establecimiento de un régimen especial para proteger a las *mujeres*, viene del compromiso que tiene la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte en los Pactos y Tratados Internacionales, de cara a la obligatoriedad de los Estados en proteger a la mujer en casos de violencia contra su integridad personal.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, señala:

“Artículo 5. El Estado tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar el cumplimiento de esta Ley y garantizar los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia”.

Asimismo, estima esta Sala referir que cuando el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia a la adopción de medidas positivas a favor de personas discriminadas, marginadas o vulnerables y que se encuentren en

situación de debilidad frente a los abusos o maltratos, visualiza un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable como son *las mujeres*. (Vid. sSC N° 229 de fecha 14/02/2007, en la que se declara el carácter orgánico de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia).

De igual modo, viene muy al caso destacar que “...*los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema, así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección a favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial...*”. (Vid. sSC N° 486 de fecha 24/05/2010, caso: *Emérito Playonero Caidedo*).

Así entonces, visto que esta Sala Constitucional, está en el deber de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales en protección de la tutela judicial de los justiciables y, visto también que los delitos señalados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia son delitos complejos, que protegen varios bienes jurídicos, como son: *la dignidad y la libertad sexual*, y considerando que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia es *lex posterior* respecto al Código Penal, tiene *carácter orgánico y es especial*, dicha ley especial estableció en su artículo 10 lo siguiente: “*Supremacía de esta Ley. Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica*”; adecua constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal, y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida. Así se decide.

Por lo expuesto, esta Sala Constitucional, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, declara de oficio la reedición de la norma contenida en el segundo aparte artículo 395 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999; a fin de ajustar la comentada disposición a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil *Gaceta* N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, así como al precedente judicial de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 1682/2005, caso: *Carmela Manpieri Giuliani*, la disposición contenida en el artículo 393 del Código Penal debe entenderse de la siguiente manera: “*Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole*”. Así se decide.

En virtud de lo anterior, los efectos de este fallo son *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo dictado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, en la *Gaceta Oficial* N° 5362 Extraordinario, del 9 de julio de 1999.

[OMISSIS]

III

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

PRIMERO: DE OFICIO NULO PARCIALMENTE el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, por ser **REEDICIÓN** del artículo 395 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

SEGUNDO: INTERPRETA CONSTITUCIONALMENTE el artículo 393 del Código Penal vigente, en lo que respecta al matrimonio y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida.

TERCERO: ORDENA la publicación íntegra de este fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, la cual señalará en el Sumario, lo siguiente: “DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA LA REEDICIÓN DEL SEGUNDO APARTE DEL ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005. ASIMISMO, SE INTERPRETA CONSTITUCIONALMENTE LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO PENAL EN LO QUE RESPECTA AL MATRIMONIO, LA CUAL DEBE ENTENDERSE DE LA SIGUIENTE MANERA: “LOS REOS DE SEDUCCIÓN, VIOLACIÓN O RAPTO SERÁN CONDENADOS, POR VÍA DE INDEMNIZACIÓN CIVIL, A DOTAR A LA OFENDIDA. PARÁGRAFO ÚNICO.- EN LA MISMA SENTENCIA SE DECLARARÁ QUE LA PROLE GOZARÁ DE LOS MISMOS DERECHOS QUE LA LEY CIVIL ACUERDA A LOS HIJOS, SI EL ESTADO DE LOS PADRES LO PERMITIERE Y EN TODO CASO SE CONDENARÁ AL CULPABLE A MANTENER DICHA PROLE”, así como su publicación en la *Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela*, tal como lo dispone el artículo 126 *eiusdem*.

CUARTO: ORDENA la mención de este fallo en la página principal del sitio web oficial de este Tribunal Supremo de Justicia, con la indicación siguiente: “Sentencia que declara de oficio parcialmente nulo el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal de 2005 por ser reedición del artículo 395 del Código Penal de 1964, que fue anulado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999”.

Asimismo, se interpreta constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal vigente, en lo que respecta al matrimonio, la cual debe entenderse de la siguiente manera: “Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

2. *Control concentrado de la constitucionalidad reedición de normas*

TSJ-SC (695)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

En caso de reedición de normas no procede iniciar un nuevo proceso sino ratificar el fallo anulatorio por su efecto *erga omnes*. En el procesamiento de delitos de violencia de género no tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio.

La presente nulidad de oficio por reedición debe ser decidida *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición normativa parcialmente examinada, esto es, el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal (antes 395) ya fue anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 29 de junio de 1999; lo que denota que el presente asunto no requiere de contradictorio ni de actividad probatoria alguna previo a la decisión respectiva. Así se decide.

(...)

No procede ahora iniciar un nuevo proceso, puesto que el mismo conduciría nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal; siendo que lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, ninguno puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el asunto examinado no es replanteable.

Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes. No es ese el caso de autos, pues en el caso sub lite existe la peculiaridad de que la disposición normativa anulada fue reeditada en el año 2000 y entrando nuevamente en vigencia en el año 2005, y es otra vez susceptible de que se declare su inconstitucionalidad y, por tanto, sea objeto de anulación.

...Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada *Gaceta*), sino una *disposición concreta*: en este caso, la *condición moral* y el estado civil de las mujeres. De ese modo, si esa cláusula ya fue objeto de nulidad por parte de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento al ser exactamente el mismo, no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, dada su reedición, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

(...)

Por otra parte, visto que cuando la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció acerca de la nulidad por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 (hoy artículo 393) del Código Penal (*G.O.* N° 915 extraordinario, del 30-06-1964), (actualmente recogido en el artículo 393 del Código Penal (*G.O.* N° 5.763 Extraordinario del 16-03-2005,

reimpreso por error material en la *G.O.* N° 5.768 Extraordinario del 13-04-2005) no había sido promulgada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni estaba vigente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (*G.O.* N° 38.647 del 19-03-2007, reimpresa por error material en la *G.O.* N° 38.668 del 23-04-2007 y reformada según *G.O.* N° 40.548 el 25-11-2014), esta Sala Constitucional, en tanto máximo garante de la constitucionalidad y en ejercicio de sus atribuciones estima pertinente efectuar las precisiones siguientes:

(...)

Así entonces, visto que esta Sala Constitucional, está en el deber de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales en protección de la tutela judicial de los justiciables y, visto también que los delitos señalados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia son delitos complejos, que protegen varios bienes jurídicos, como son: la dignidad y la libertad sexual, y considerando que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia es *lex posterior* respecto al Código Penal, tiene *carácter orgánico* y es especial, dicha ley especial estableció en su artículo 10 lo siguiente: “*Supremacía de esta Ley.* Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica”; adecua constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal, y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida. Así se decide.

Por lo expuesto, esta Sala Constitucional, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, declara de oficio la reedición de la norma contenida en el segundo aparte artículo 395 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999; a fin de ajustar la comentada disposición a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil *Gaceta* N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, así como al precedente judicial de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 1682/2005, caso: *Carmela Manpieri Giuliani*, la disposición contenida en el artículo 393 del Código Penal debe entenderse de la siguiente manera: “*Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpa*”

3. Recurso de Interpretación Constitucional

A. Interpretación de normas sub legales acción improponible en derecho

TSJ-SC (674)

1-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Organización Comunitaria de Vivienda, OCV Rodilla en Tierra (interpretación sobre el Decreto N° 7703 del 05-10-2010, publicado en la *G. O.* N° 39.524).

Las solicitudes de interpretación de normas sub legales, como es el caso de las resoluciones ministeriales, son improponibles en derecho, pues la facultad de interpretación a que se refieren los artículos 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 31.5 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, recae sobre disposiciones de rango legal (salvo la competencia de esta Sala para determinar el sentido y alcance de normas constitucionales conforme al artículo 335 del Texto Fundamental y 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es decir, sobre actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

...Conforme al texto constitucional, este Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de “...*los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley*” (numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia distinguió, a los efectos del establecimiento del tribunal competente, entre el recurso de interpretación de leyes y el recurso de interpretación de normas constitucionales. En tal sentido, el artículo 25.17 de la Ley Orgánica de este Alto Tribunal atribuye el conocimiento del recurso de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional a esta Sala, mientras que el último párrafo del artículo 266.6 de la Constitución y el 31.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, asignan a cada una de las Salas de este Máximo Tribunal la competencia para conocer del recurso de interpretación de textos legales que se distribuirá según la afinidad entre la materia a resolver y las competencias de cada una de las Salas.

En el caso de autos la requirente interpuso “**RECURSO DE INTERPRETACIÓN SOBRE EL ALCANCE DEL DECRETO N° 7.703 DE FECHA 05 DE OCTUBRE DE 2010 PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 39.524**, mediante el cual se ordenó la adquisición forzosa de los bienes inmuebles, muebles, bienes de consumo, depósitos, transportes y demás bienhechurías presuntamente propiedad del COMPLEJO GARCÍA HERMANOS, SA. (GAISA)”.

Así pues, se observa que la presente demanda tiene por objeto interpretar el contenido y alcance del Decreto N° 7703 dictado por el Presidente de la República el 5 de octubre de 2010, por lo que se trata de un acto de rango sub legal emanado del Poder Ejecutivo en ejecución de la ley.

Vale destacar que en el aludido Decreto N° 7703, además de ordenarse la adquisición forzosa de bienes para la ejecución de la obra Desarrollo de la Red de Distribución Socialista de Productos de Primera Necesidad, se acordó también el inicio del procedimiento expropiatorio. Al respecto, esta Sala, en el fallo N° 203 del 29 de febrero de 2012, dejó asentado que la potestad expropiatoria es una forma típica de actuación administrativa del Estado que tiene carácter sub legal, por lo que el Decreto objeto del recurso de interpretación no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución ni como un acto de gobierno, sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades que detenta la Administración.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de interpretación de normas de carácter sub legal, esta Sala en sentencia N° 1467 del 11 de noviembre de 2014, expresó lo siguiente:

“Ello así, es de observar que, **las solicitudes de interpretación de normas sub legales, como es el caso de las resoluciones ministeriales, son improponibles en derecho, pues la facultad de interpretación** a que se refieren los artículos 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 31.5 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, **recae sobre disposiciones de rango legal** (salvo la competencia de esta Sala para determinar el sentido y alcance de **normas constitucionales** conforme al artículo 335 del Texto Fundamental y 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es decir, sobre actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución”. (Resaltado nuestro).

Visto entonces el anterior criterio y como quiera que el Decreto N° 7703 dictado por el Presidente de la República el 5 de octubre de 2010, es un instrumento normativo de carácter sub legal, el mismo no se encuentra sometido al recurso de interpretación de leyes, por lo que esta Sala declara como improponible la pretensión planteada. Así se decide.

III

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **IM-PROPONIBLE** la demanda de interpretación propuesta por la ciudadana Angélica Militza Cedeño, actuando con el carácter de Delegada General de la **Organización Comunitaria de Vivienda, OCV Rodilla en Tierra**, sobre el Decreto N° 7703 del 05 de octubre de 2010, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.524.

B. Admisibilidad

TSJ-SC (761)

18-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Previo al pronunciamiento referente a la admisión de la solicitud de interpretación, se observa que mediante decisión N° 723 de fecha 8 de mayo de 2008, esta Sala declaró: (i) su competencia para conocer de la presente causa, (ii) la prejudicialidad del recurso de nulidad por inconstitucionalidad contenido en el expediente N° 04-0143 (nomenclatura de esta Sala) con respecto al caso de autos, y la suspensión del recurso de interpretación de autos, hasta tanto se dictara la decisión definitiva en el expediente N° 04-0143.

Ahora bien, se constata que en fecha 12 de agosto de 2008, se dictó el fallo N° 1270 en el asunto identificado con el N° 04-0143 (decretado como una cuestión prejudicial en relación a la presente causa), mediante el cual esta Sala reiteró la interpretación del contenido, aplicación y alcance del artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecida en la sentencia 1265/2008, y declaró sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Así las cosas, siendo que se resolvió la cuestión prejudicial respecto al presente recurso de interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera conveniente reanudar la misma en el estado en que se encuentra. Así se decide.

Reanudada la causa, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación interpuesta y, al efecto, observa que en decisión N° 278 del 19 de febrero caso:

Beatriz Contasti Ravelo, [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92 de 2002 en pp. 379 y ss.] atendiendo a los diversos fallos relacionados con los recursos de interpretación constitucional incoados ante esta Máxima Instancia Jurisdiccional, se realizó una compilación de las distintas causales o requisitos de admisibilidad impuestas jurisprudencialmente a este tipo de acción interpretativa, las cuales son del tenor que sigue

- 1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.
- 2.- Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.
- 3.- Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, no que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia de 30-11-01, caso: *Ginebra Martínez de Falchi*).
- 4.- Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sentencia. N° 2627/2001, caso: *Morela Hernández*);
- 5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible;
- 6.- Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos;
- 7.- Inteligibilidad del escrito;
- 8.- Representación del actor.

C. *Perdida de interés procesal*

TSJ-SC (683)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Argenis Ramón Martínez Hidalgo (demanda de interpretación del contenido y alcance del artículo 291 de la Constitución).

En casos como el de autos, ha señalado esta Sala que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia que preceptúa el artículo 26 de la Constitución, es ejercido mediante la acción. El requisito del interés procesal como elemento de la acción deviene de la esfera del derecho individual que ostenta el solicitante, que le permite elevar la pretendida infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. No es una abstracción para el particular que lo invoca, aunque pudiese ser abstracto para el resto de la colectividad. Tal presupuesto procesal es entendido como simple requisito o circunstancia de un acto procesal, cuya carencia imposibilita el examen de la pretensión.

4. *Revisión constitucional de sentencias*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Francisco Anthony Correa Rampersad (Revisión Constitucional).

De allí que, el hecho configurador de la revisión extraordinaria no es el mero perjuicio, sino que, además, se verifique un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por

esta Sala, la indebida aplicación de una norma constitucional, un error grotesco en su interpretación, lo cual se justifica en que los recursos de gravamen o de impugnación gozan de una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna.

Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión de la sentencia (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.957 del 14 de diciembre de 2004, caso: “*Margarita de Jesús Ramírez*”, ratificada en el fallo N° 748 del 8 de junio de 2009, caso: “*Gregorio Carrasquero*”).

Ahora bien, considera esta Sala preciso realizar un examen acerca de la situación que subyace al caso de autos. Análisis que, además, se impone, en criterio de esta Sala Constitucional, como una exigencia marcada por el cuantioso número de causas contenciosas existentes en el país que pretenden una declaratoria de divorcio por los órganos jurisdiccionales como una fórmula de extinción del matrimonio, habida consideración del carácter preconstitucional del Código Civil que disciplina esta materia, en relación con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

5. *Amparo Constitucional*

A. *Acción de Amparo: Admisibilidad*

TSJ-SC (644)

21-5-2015

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: INDUSTRIA POLLO PREMIUM 5.8 C.A.

En consecuencia, la Sala estima que la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual, para admitirse la acción de amparo es necesario que no exista un medio procesal ordinario e idóneo que sea capaz de restituir la situación jurídica infringida, o que el mismo haya sido agotado y no hubiese sido capaz de reparar la lesión constitucional o cuando el accionante justifique la razón por la cual los mismos no son eficaces y eficientes.

.....En cuanto a la inadmisibilidad de la acción de amparo de autos, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Sala observa que el *a quo* constitucional señaló que “*la quejosa presuntamente afectada, podría (sic) en forma oportuna disponer de los medios procesales idóneos ordinarios previstos para ello (...)* a través de la apelación ordinaria o de la excepcional invalidación.

Al respecto, la Sala observa que la parte accionante señaló como argumento fundamental de su pretensión que la dirección en la que se practicó el emplazamiento para el juicio laboral incoado en su contra fue errada, ya que pertenece al domicilio de la empresa Agropecuaria Maxi Pollo C.A., y en la que ni siquiera funciona alguna sucursal de la misma debidamente registrada, aun cuando los trabajadores demandantes prestaron servicios en dicho lugar, lo cual impidió ejercer su defensa en el referido juicio.

De allí que la Sala advierte que, ciertamente la accionante disponía de un medio ordinario para restituir la situación que consideró infringida, como lo era el recurso de invalidación, previsto en los artículos 327 y 328 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de manera supletoria por disposición del artículo 11 de la ley adjetiva laboral.

En consecuencia, la Sala estima que la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual, para admitirse la acción de amparo es necesario que no exista un medio procesal ordinario e idóneo que sea capaz de restituir la situación jurídica infringida, o que el mismo haya sido agotado y no hubiese sido capaz de reparar la lesión constitucional o cuando el accionante justifique la razón por la cual los mismos no son eficaces y eficientes (*vid.* Sentencia N° 2369/2001 del 23 de noviembre, caso: “*Mario Téllez García*” y otro).

Conforme a los argumentos que preceden, la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al advertirse la existencia de un medio procesal idóneo capaz de reparar la lesión constitucional que el demandante de la tutela dice haber sufrido, ante el error en el emplazamiento del juicio laboral incoado en su contra.

En consecuencia, se declara sin lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial de Industria Pollo Premium 5.8 C.A., contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2015 por el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, que declaró inadmisibile la acción de amparo ejercida contra los autos dictados por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, el 13 de agosto; 13, 14, 15, 20, 21 de octubre y 3 de noviembre de 2014, y se confirma en los términos expuestos el fallo del *a quo*. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- **SIN LUGAR** la apelación ejercida por el abogado Rubén Rafael Rumbos Gil, en su carácter de apoderado judicial de **INDUSTRIA POLLO PREMIUM 5.8 C.A.**, contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2015 por el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy.

2.- Se **CONFIRMA** el fallo apelado, en los términos expuestos.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase el expediente al tribunal de origen.

Voto concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo, en los siguientes términos:

La decisión de la Sala declaró sin lugar la apelación ejercida por la parte accionante, y confirmó el fallo apelado, que a su vez declaró inadmisibile el amparo interpuesto con base en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque la parte accionante contaba con el recurso de invalidación.

Quién suscribe estima que, se pasó por alto la particularidad del juicio donde -se alegan- se produjeron las lesiones constitucionales denunciadas, el cual era de naturaleza laboral y, como tal, regido por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cuya normativa no sólo no figura la institución del recurso de invalidación, sino que además, en su artículo 178, se crea una figura novedosa que abarca los mismos supuestos de aquél: el recurso de control de legalidad, que es un medio de invalidación respecto del cual esta Sala ha reconocido su carácter de vía o medio judicial preexistente conforme los términos señalados en el artículo 6.5 de

la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en tal sentido, consúltese las sentencias de esta Sala núms. 2369/2001, 2937/2003, 3166/2003, 3417/2003, 448/2004, 1167/2004, 1198/2004, 1443/2004, 2026/2004, 2173/2004; consúltese de data reciente los fallos núms. 104/2005, 331/2005, 662/2005, 882/2005, 1003/2005, 1570/2005, 3002/2005, 3099/2005), y con más rigor en el fallo núm. 3315/2005, admitiendo el amparo cuando el control de legalidad fuera inadmitido.

Lo cierto es que el principio de especialidad que priva en el proceso laboral exige mucha prudencia cuando se utilicen de forma supletoria normas del Código de Procedimiento Civil, de cuya hermenéutica la legislación del trabajo en Venezuela se ha deslastrado, tal como lo pretende el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que a la letra dice:

Artículo 11. Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley.

De este modo, la propia Ley Orgánica Procesal del Trabajo indica expresamente en cuáles supuestos se aplica las normas procesales de derecho común, de manera que el silencio del legislador procesal laboral no remite supletoriamente *ipso facto* al Código de Procedimiento Civil, sino que faculta al juez laboral para la aplicación analógica *in bonam partem*, es decir, teniendo en cuenta el carácter tutelar del derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo.

Con base en lo expuesto, quien concurre en su voto es conteste que la acción de amparo era efectivamente inadmisibile por existir una vía procesal ordinaria, pero esa vía no es, como erróneamente se señaló en el fallo -por remisión supletoria al Código de Procedimiento Civil-, el recurso de invalidación ya que en nuestra legislación procesal laboral el recurso de control de legalidad, regulado en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es el recurso idóneo.

Comentarios Jurisprudenciales

LA ANULACIÓN DISIMULADA DE NORMAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Antonio Silva Aranguren

Abogado

Resumen: *En el artículo se hacen algunos comentarios sobre la sentencia N° 695/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, al anular de oficio una norma del Código Penal por reedición, hizo una interpretación constitucionalizante del artículo 393 de dicho código anulando consecuentemente parte del mismo.*

Abstract: *This paper consists in some comments about the decision N° 695/2015 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court in which, ex officio, it voided a regulation of the Criminal Code due to reissue, and it made a constitutional interpretation of the article 393 of the Code consequentially voiding part of it.*

Palabras Clave: *Venezuela; Sala Constitucional; pronunciamiento de oficio; nulidad por inconstitucionalidad; interpretación constitucionalizante.*

Key words: *Venezuela; Constitutional Chamber; statement ex officio; nullity for unconstitutionality; constitutional interpretation.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC), en sentencia N° 695/2015¹, anuló una norma del Código Penal que había sido anulada en 1999², por tratarse -sostuvo- de una reedición.

En principio el asunto lucía sencillo: declarar reeditada la norma y extender en consecuencia, sin necesidad de trámite contradictorio, los efectos del anterior fallo a esa reedición. Había precedente: la SC lo había hecho en 2006, respecto de ese mismo código, en el caso del delito de uxoricidio³.

Si bien en ese precedente la SC actuó por demanda, en este nuevo caso lo hizo de oficio, invocando notoriedad judicial. En su criterio, “resulta competente para conocer de oficio la

¹ Sentencia del 2 de junio de 2015. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178116-695-2615-2015-15-0601.HTML> [consultado 15-12-2015].

² Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5362 Extraordinario del 9 de julio de 1999, mediante la cual se anuló el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal.

³ Sentencia N° 728/2006 del 5 de abril, caso: *Sonia Sgambatti*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/728-050406-06-0189.HTM> [consultado 20-01-2016]. La Corte Suprema de Justicia en Pleno había anulado, por sentencia del 5 de marzo de 1980, el artículo 423 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimposición) se repitió el texto de la norma anulada, si bien con otra numeración (el artículo 423 pasó a ser 421).

nulidad de las leyes nacionales, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 25.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como son por ejemplo las contenidas en el Código Penal; en razón de lo cual procede de oficio a pronunciarse sobre la nulidad por reedición del segundo aparte del artículo 393 del vigente Código Penal”.

Mal comienzo, sin embargo, por ser falso: esas normas no facultan a la SC para actuar de oficio⁴. Por el contrario, solo hay un caso de revisión de oficio de actos de rango legal previsto en la Constitución, el de los decretos que declaren el estado de excepción⁵; por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia solo contempla la nulidad de oficio en el supuesto del *control difuso*⁶.

A los efectos de estas notas aceptaremos, sin embargo, que la SC declare de oficio la inconstitucionalidad de una norma reeditada, como medio para hacer cumplir el fallo previo, pues nos interesa destacar acá algo más: que aprovechó la oportunidad para *anular*, de modo *disfrazado*, otras disposiciones del mismo artículo: dos párrafos enteros y parte de otro. Veamos entonces ante todo el texto original del artículo 393:

“El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos 374, 375, 376, 378, 387, 388 y 389 quedará exento de pena si antes de la condenación contrae matrimonio con la persona ofendida; y el juicio cesará de todo punto, en todo lo que se relacione con la penalidad correspondiente a estos hechos punibles.

Si el matrimonio se efectúa después de la condenación, cesarán entonces la ejecución de las penas y sus consecuencias penales.

Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta.

PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos legítimos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

Lo declarado inconstitucional en 1999⁷ (cuando el artículo llevaba el número 395) fue una línea del tercer párrafo, en lo referido a la indemnización a la ofendida, “*si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta*”. El resto del artículo se mantuvo.

⁴ Las normas invocadas establecen como competencia de la SC: “declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución” (artículo 336.1) y “declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República” (artículo 25.1).

⁵ El numeral 6 del artículo 336 del texto constitucional prevé como atribución de la SC “revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República”. Lo mismo se encuentra en el artículo 25.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 31 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

⁶ El artículo 34 de esta ley indica que este caso ocurrirá si, declarada la conformidad a derecho de la desaplicación de una norma legal, se opta por “ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley” o cuando “el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por [la propia] Sala”.

⁷ Sentencia del 29 de junio de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* N° 5362 Extraordinario, del 9 de julio de 1999, por la cual la Corte Suprema de Justicia en Pleno declaró “la nulidad parcial del se-

No obstante tal anulación parcial, en el año 2000 -apenas el año siguiente a la sentencia- la Comisión Legislativa Nacional reformó el Código Penal⁸ e incorporó un artículo idéntico al que había analizado la Corte Suprema de Justicia, que conservó incluso el mismo número. Luego, en 2005, se reformó de nuevo ese código⁹ y, otra vez, se incluyó la disposición anulada; si bien no ya como parte del artículo 395 sino del 393, toda vez que hubo una alteración en la numeración. Por tanto, en dos oportunidades el Legislador desconoció el fallo del Máximo Tribunal, sin que nadie acudiera a él para pedirle la anulación de lo reeditado, a diferencia de lo ocurrido con el delito de uxoricidio¹⁰.

En ausencia de tal demanda, y declarada su competencia para actuar sin instancia, la SC declaró que *“el segundo aparte del artículo 393 del vigente Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005, contiene una redacción similar a la disposición normativa ya anulada”* y que su *“nulidad de oficio por reedición debe ser decidida in limine, sin necesidad de tramitación”*, pues *“el presente asunto no requiere de contradictorio ni de actividad probatoria alguna previo a la decisión respectiva”*. Según la SC, *“no procede ahora iniciar un nuevo proceso, puesto que el mismo conduciría nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal; siendo que lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento”*.

Con lo anterior pudo terminar el fallo: habría anulado el texto reeditado y solo cabría preguntarse si en realidad goza la SC del poder de actuación de oficio del que dice disponer. Sin embargo, decidió extenderse, por cuanto advirtió que *“cuando la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció acerca de la nulidad por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 (hoy artículo 393) del Código Penal (...) no había sido promulgada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni estaba vigente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia”*. Esa circunstancia llevó a la SC, *“en tanto máximo garante de la constitucionalidad y en ejercicio de sus atribuciones”*, a estimar *“pertinente efectuar”* algunas *“precisiones”*.

Esas precisiones consistieron en la transcripción de los artículos 42, 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia¹¹, de los cuales concluyó que ese texto legal *“estableció los tipos penales de violencia física, violencia sexual, acto carnal con víctima especialmente vulnerable y actos lascivos”*, sin contemplar *“como una causa de exclusión de la pena el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio con el culpable, de modo que tal forma de autocomposición procesal, bajo ningún concepto, tiene cabida en el procesamiento de los delitos de violencia de género”*.

gundo aparte del artículo 395 del Código Penal [G.O. N° 915 Extraordinario de 30 de junio de 1964], en lo que respecta al texto contenido en dicha norma ‘si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’, por colidir con el artículo 61 de la Constitución, en los términos expresados. Con motivo de la nulidad anterior, el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, debe entenderse así: ‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida’”.

⁸ Gaceta Oficial N° 5.494 Extraordinario del 20 de octubre de 2000.

⁹ Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005, reimpreso “por error material”, en la Gaceta N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de ese mismo año.

¹⁰ Más allá del caso que ahora nos ocupa, esas reformas del Código Penal muestran claramente el descuido con el que se tratan los textos legales y el desdén hacia las decisiones judiciales.

¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.548 del 25 de noviembre de 2014 y reimpresa en el N° 40.551 del 28 de noviembre de 2014.

El problema que encontró la SC era, entonces, uno muy distinto al que se enfrentó la Corte Suprema de Justicia en 1999: si en aquel momento la inconstitucionalidad denunciada radicaba en que la condena a indemnización se condicionaba a que no hubiera matrimonio con el perpetrador del delito y que la afectada fuera soltera o viuda y, en todo caso, honesta, en esta ocasión el *quid* era la posibilidad misma de que el matrimonio sirviera de mecanismo de “*autocomposición procesal*”. Es decir, los importantes efectos que tendría el matrimonio sobre la pena o sobre la indemnización pasan a ser la preocupación de la SC.

Lo que afirma la SC es que en la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia no tiene cabida la posibilidad de que el matrimonio tenga ninguno de los efectos que prevé el Código Penal. Recordemos: los dos primeros párrafos del artículo 393 del Código Penal -respecto de los cuales nada dijo en 1999 la Corte Suprema, porque no hubo demanda sobre ellos- disponen que “*el culpable (...) quedará exento de pena si antes de la condenación contrae matrimonio con la persona ofendida*” y “*el juicio cesará de todo punto, en todo lo que se relacione con la penalidad correspondiente*”, mientras que “*si el matrimonio se efectúa después de la condenación*” lo que cesará será “*la ejecución de las penas y sus consecuencias penales*”; por su parte, el tercer párrafo dispone que “*los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuar el matrimonio, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta*”.

Podría tratarse de un asunto que se resuelva mediante la determinación de la norma legal de preferente aplicación, pero la SC dedicó varios párrafos a destacar la importancia de la ley sobre la violencia hacia la mujer, dictada “*como un instrumento legal que desarrolla la preeminencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a las mujeres víctimas de la violencia de género, la cual es vista a nivel mundial como un asunto de salud pública, cuyas raíces se encuentran en la cultura patriarcal de nuestra sociedad, caracterizada por la subordinación y discriminación hacia la mujer; impidiendo así el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el de la igualdad ante la ley*”, y como parte del “*compromiso que tiene la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte en los Pactos y Tratados Internacionales, de cara a la obligatoriedad de los Estados en proteger a la mujer en casos de violencia contra su integridad personal*”. De este modo, lo que está diciendo la SC es que esa ley es el parámetro para juzgar la constitucionalidad del Código Penal.

La SC, no obstante, consciente probablemente de que no cabe la anulación de norma legal por contrariedad con otras normas de igual rango, no *anuló* de modo *expreso* las normas del Código Penal, sino que decidió hacer una *adecuación constitucionalizante*, pero que generó la *misma consecuencia*: hizo *desaparecer* totalmente las normas del Código Penal y lo hizo con base en argumentos que en realidad le imputan inconstitucionalidad.

Copiamos de modo textual el párrafo correspondiente del fallo, no solo para no desvirtuar lo dicho por la SC, sino porque es de difícil lectura y, por tanto, explicación:

“*visto que esta Sala Constitucional, está en el deber de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales en protección de la tutela judicial de los justiciables y, visto también que los delitos señalados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia son delitos complejos, que protegen varios bienes jurídicos, como son: la dignidad y la libertad sexual, y considerando que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia es lex posterior respecto al Código Penal, tiene carácter orgánico y es especial, dicha ley especial estableció en su artículo 10 lo siguiente: ‘Supremacía de esta Ley. Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica’; adecua constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal, y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimo-*

nio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida”.

A ello añadió consideraciones, sin mayor o incluso sin ningún desarrollo, sobre la necesidad de *ajustar* el artículo no únicamente a la Constitución y a la referida ley sobre violencia contra la mujer, sino también al Código Penal *de 1982!* y a algún “*precedente judicial*” de la misma Sala. Es así como se dispone en el fallo:

“(…) a fin de ajustar la comentada disposición a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, así como al precedente judicial de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 1682/2005, caso: Carmela Manpieri Giuliani, la disposición contenida en el artículo 393 del Código Penal debe entenderse de la siguiente manera: ‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

Por último, en el dispositivo del fallo se lee que se “*interpreta constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal vigente, en lo que respecta al matrimonio y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida*”.

Como conclusión de todo ello tenemos que la SC, por contradecir una ley postconstitucional, una ley derogada y su propio criterio expuesto en fallo previo, hizo que un artículo de cuatro párrafos quedase con dos, sin demanda y sin trámite contradictorio y sin explicación sobre por qué existía inconstitucionalidad en ellos, todo amparado bajo la supuesta necesidad de hacer *ajuste y adecuación* de las normas.

LA ASAMBLEA NACIONAL COMO AMANUENSE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Antonio Silva Aranguren

Abogado

Resumen: *En el artículo se hacen algunos comentarios sobre cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia modificó el alcance y contenido del artículo 185 del Código Civil, y exhortó a la Asamblea Nacional a que tomara en cuenta tal criterio en leyes futuras.*

Abstract: *This paper consists in some comments about how the Constitutional Chamber of the Supreme Court changed the scope and content of the Article 185 of the Civil Code, and exhorted the National Assembly to take into account such criteria in future legislation.*

Palabras Clave: *Venezuela; Sala Constitucional; Asamblea Nacional; divorcio.*

Key words: *Venezuela; Constitutional Chamber; National Assembly; divorce.*

Las “*causales únicas de divorcio*” previstas en el artículo 185 del Código Civil no son *únicas*, para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC), sino que son *algunas*. Lo declaró en el fallo N° 693/2015 del 2 de junio¹, con lo que se presenta la anómala situación en que lo único puede convivir con otras cosas².

La SC ordenó publicar su fallo en la *Gaceta Oficial* con este texto en el sumario: “*Sentencia de la Sala Constitucional que realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil y establece, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por*

¹ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163>. HTML [consultado: 15-12-2015].

² La SC había hecho algo similar en la sentencia que interpretó las competencias exclusivas de los estados establecidas en el artículo 164 de la Constitución (sentencia N° 565/2008 del 15 de abril, caso: *Procuraduría General de la República*. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm> [consultado: 15-12-2015]). En ella, luego de largas consideraciones, concluyó que las competencias exclusivas se ejercen “conforme a la legislación base y en coordinación con el Ejecutivo Nacional”, por lo que cuando “la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una intervención directa del Poder Público Nacional -sin perjuicio de su facultad de ejercer la reversión de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico-, para garantizar la continuidad y eficiencia de las correspondientes prestaciones”. Sobre este fallo: Brewer-Carías, Allan (2008). “La Sala Constitucional como Poder Constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del sistema constitucional de división territorial del Poder Público” en *Revista de Derecho Público*, N° 114. pp. 247-261.

cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento". Es decir, que este fallo trajo a nuestro país el divorcio ilimitado.

Se esté o no de acuerdo con el fondo del asunto, está claro que la SC insiste en atribuirse el papel de legislador³ y, sin más, resolvió que una regulación legal de larga tradición debía terminar de inmediato⁴. De hecho, tiene duras palabras contra esa tradición, tanto en aspectos no estrictamente jurídicos⁵ como desde el punto de vista constitucional⁶.

No mucho antes, también referido al divorcio, la SC había dictado un fallo que alteró el artículo 185-A del mismo Código Civil⁷, bien recibido por algunos en cuanto al fondo⁸, a la vez que criticado por otros por constituir un ejemplo de juez-legislador⁹. En todo caso, ambas sentencias comparten la idea de disolver el matrimonio cuando se mantiene "*contra la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implica obligarlo a tener un estado civil que no desea, lo que afecta su derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad*".

³ Sobre esta tendencia de la SC, véase Urosa Maggi, Daniela (2011). *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. Sobre un caso concreto de ejercicio de ese papel legislador: Brewer-Carías, Allan (2008). "El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la ley orgánica de amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas" en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo V, Juez y sentencia constitucional. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴ La regulación del divorcio en Venezuela y sus causales data de 1904. Véase al respecto, Baumeister Tolero, Alberto. (2009) "El divorcio en el derecho venezolano" en *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Editoriales Temis, Ubijus, Reus, Zavalia.

⁵ Se lee en el fallo: "sin temor a equívocos puede asegurarse que atenta más contra la familia una separación de la pareja, como consecuencia de una situación conflictiva prolongada, cargada de insultos, de irrespeto, de intolerancia y de humillaciones, sin canalizarse jurídicamente, a la que terminan acostumbrándose sus miembros; que el divorcio, como un mecanismo jurídico válido para poner fin a una situación dañina familiarmente donde se relajan los principios y valores fundamentales en la familia como son, la solidaridad, el esfuerzo común y el respeto recíproco entre sus integrantes".

⁶ "De la tangibilidad de estos derechos debe concluirse que la previsión del artículo 185 del Código Civil, que establece una limitación al número de las causales para demandar el divorcio, deviene insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales (...) devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...). Es decir, que en la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un numerus clausus de las causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva".

⁷ Sentencia N° 446/2014 del 15 de mayo (caso: *Víctor José de Jesús Vargas Irausquín*). Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML> [consultado: 15-12-2015].

⁸ Véase, por ejemplo, El Universal (2014, 23 de mayo). Juristas saludan fallo del TSJ que flexibilizó divorcios. Disponible en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140523/juristas-saludan-fallo-del-tsj-que-flexibilizo-divorcios> [consultado: 15-12-2015].

⁹ Brewer-Carías, Allan (2014). La Sala Constitucional como legislador positivo "reformando" el código civil en materia de divorcio. Disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20Sala%20Constitucional%20como%20Legislador%20Positivo%20reformando%20el%20art.%20185-A%20del%20C3%B3digo%20Civil.%20mayo%202014.d.pdf> [consultado: 15-12-2015].

Lo cierto es que el divorcio por mutuo consentimiento ya se había incorporado a nuestra legislación en Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal¹⁰, cuyo artículo 8.8 dispone que los jueces y juezas de paz son competentes para “*declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud*”.

Sin embargo, el divorcio de parejas con hijos menores de 18 años seguía estando limitado por las causales *únicas* del Código Civil y lo que hizo la SC fue eliminar esa restricción, pero, a diferencia del caso de la ley mencionada en el párrafo anterior, lo hizo tomando el papel de legislador y creando auténticas reglas generales de Derecho¹¹.

No conforme con ello, la SC al final del fallo exhortó “*al Poder Legislativo nacional a que emprenda una revisión de la regulación vigente en materia de divorcio a los fines de sistematizar los criterios jurisprudenciales dictados por esta Sala Constitucional*”.

Es decir, que la Asamblea Nacional no sería, para la SC, el lugar para discutir sobre los temas de interés para nuestra sociedad a fines de escoger y aprobar la regulación que estime idónea para ellos, sino que es mera sistematizadora de “*criterios jurisprudenciales*”.

No es esto nuevo para la SC: lo hizo en 2005 al ordenar a la Asamblea Nacional dictar un Código de Ética del Juez, y poner así fin a la omisión de un deber constitucional expreso, para lo cual le pidió “*considerar debidamente el Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos, elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*”¹².

En esa sentencia esa comisión fue exhortada, a su vez, a “*prestar toda su asesoría y cooperación a la Asamblea Nacional con el fin de desarrollar en armonía el trabajo legislativo que permita la sanción y puesta en vigencia del futuro código disciplinario judicial, dentro del espíritu que prevé el artículo 136 constitucional de colaboración entre los órganos del Poder Público*”.

¹⁰ Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012.

¹¹ En concreto, regló la SC: “en atención a lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los cónyuges cuyos hijos sean menores de edad que de mutuo acuerdo deseen divorciarse, acudirán ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en función de sustanciación y mediación del lugar donde hayan establecido su último domicilio conyugal y, previo acuerdo igualmente, expreso e inequívoco, de las instituciones familiares que les son inherentes, para solicitar y obtener, en jurisdicción voluntaria, una sentencia de divorcio”, a lo que agregó que “en consecuencia, deberán los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes permitir con base en la doctrina contenida en el presente fallo tramitar conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria, previsto en los artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las solicitudes de divorcio de mutuo consentimiento que presenten ambos cónyuges, sin más exigencias que el acta de matrimonio y de nacimiento de los niños, niñas y adolescentes de que se trate, así como el acuerdo previo de los cónyuges acerca de las instituciones familiares”.

¹² Sentencia N° 1048/2005 del 18 de mayo (caso: *Henrique Iribarren Monteverde*). Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/1048-180506-05-0801.HTM> [consultado: 15-12-2015].

Sin pretender invocar acá aquella conocida tesis de Montesquieu del juez como *boca que pronuncia las palabras de la Ley*, el fallo que comentamos revela no solo la vocación de la SC, como creadora de reglas generales de Derecho, sino su pretensión adicional de convertir a la Ley en una *recopilación de sentencias*, exhortando a la propia Asamblea Nacional a aceptar ese papel.

LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA PÚBLICA DE NORMAS: NI TAN OBLIGATORIA NI TAN PÚBLICA

Gabriel Sira Santana¹
Abogado

Resumen: *La colaboración consiste en unas breves anotaciones sobre la sentencia N° 0522/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se afirmó que la obligación de consulta pública se satisface al remitir el anteproyecto de norma a la comunidad organizada, conforme a los registros públicos, y que ella no se requiere si está en juego un interés colectivo.*

Abstract: *This paper consists in some brief annotations about the judgment N° 0522/2015 of the Administrative Chamber of the Supreme Court in which it was stated that the public consultation is satisfied when the regulation draft is referred to the organized community, under public records, and that it is not required when a collective interest is at risk.*

Palabras Clave: *Venezuela; Sala Político Administrativa; consulta pública; participación ciudadana; interés colectivo.*

Key words: *Venezuela; Administrative Chamber; public consultation; public participation; collective interest.*

De acuerdo con el artículo 62 de la Constitución de la República², “[t]odos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”. Así, “[l]a participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” por lo que “[e]s obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

En desarrollo de esta disposición, la *Ley Orgánica de la Administración Pública* del año 2001³ (en lo sucesivo, LOAP) incluyó la llamada “consulta de regulaciones sectoriales” según la cual, los órganos y entes públicos estaban obligados a remitir el anteproyecto de norma a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en un registro levantado para tal fin, así como comunicarlo a la población en general a través de la prensa nacional y su portal web, con la intención de recibir observaciones -no vinculantes- de los interesados (artículo 136). La falta de esta consulta acarrea la nulidad absoluta de la regulación (artículo 137).

¹ Universidad Central de Venezuela. Abogado Summa Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo.

² Publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Enmendada en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

³ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17-10-2001.

Estas normas fueron repetidas en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública* (en lo sucesivo, DRV-F-LOAP) del año 2008⁴ con algunos cambios. A saber:

- Artículo 136 (procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales): debido al cambio general de numeración en la ley el artículo pasó a ser el 139. Adicionalmente, se sustituyó la publicación en “prensa nacional” por “cualquier medio de comunicación”; se suprimió toda mención a las “organizaciones públicas no estatales”; se eliminó la indicación sobre el deber de consulta en caso de normas legales⁵; y se descartó la frase conforme a la cual la comunidad organizada era exclusivamente aquella inscrita en el registro previsto en el artículo 135 de la LOAP⁶.
- Artículo 137 (la nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción): en el artículo -que pasó a ser 140- se suprimió la mención a las “organizaciones públicas no estatales” y se agregaron “los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” como motivo de excepción de la consulta⁷.

En este sentido, la regulación del año 2008 fue reiterada en el decreto ley del mismo nombre del 2014⁸, con la diferencia que se produjo un nuevo cambio de numeración. De este modo, la legislación vigente en materia de consulta pública indica lo siguiente:

Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales

Artículo 140. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

⁴ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario del 31-07-2008.

⁵ Al respecto, autores como Brewer-Carías sostienen que tal cambio carece de efectos dado que el artículo se refiere a la “adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía”, por lo que las normas legales (como lo serían los decretos con rango, valor y fuerza de ley) entrarían en este último grupo. Véase Brewer-Carías, Allan. “El derecho ciudadano a la participación popular, y la inconstitucionalidad generalizada de los Decretos-Leyes 2010-2012, por su carácter inconsulto” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, 2012, pp. 85-88.

⁶ El último aparte del artículo 135 precisaba que “[a] los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción”. Tal redacción fue reformada en el DRV-F-LOAP del año 2008 por: “[l]os órganos y entes públicos llevarán un registro de las comunidades organizadas cuyo objeto se refiera al sector correspondiente” (artículo 138).

⁷ El régimen de la legislación excepcional es desarrollado en los artículos 337 a 339 de la Constitución de la República, insertos en el capítulo II (de los estados de excepción) del título VIII (de la protección de esta Constitución).

⁸ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante.

La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción

Artículo 141. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla.

De las normas citadas -que junto a otros 3 artículos⁹ conforman el título VI del DRVF-LOAP (de la participación social en la gestión pública)- se puede observar con meridiana claridad que antes de dictarse cualquier regulación sectorial, el órgano o ente competente deberá llevar a cabo el proceso de consulta pública que consistirá en (1) La remisión del anteproyecto a la comunidad organizada e (2) Informar a la colectividad del mismo a través del portal web de la Administración y cualquier otro medio de comunicación¹⁰; con el fin de que todo interesado puede presentar sus observaciones, que en ningún caso tendrán carácter vinculante.

De no celebrarse este proceso -y no operar alguno de los supuestos previstos en la ley que permitirían al Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes aprobar la regulación sin consulta previa¹¹- la norma aprobada estará viciada de nulidad absoluta.

⁹ El 139 sobre la promoción de la participación ciudadana; el 142 respecto a la obligación de la Administración Pública de informar a la población sobre sus actividades; y el 143 en relación con la obligación de los órganos y entes de la Administración Pública de colocar a disposición de los administrados el esquema de su organización y la de los órganos dependientes o entes adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia.

¹⁰ Véase Brewer-Carías, Allan. *Principios del Régimen Jurídico de la Administración Pública conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública 2001*, pp. 37-38. Disponible en <http://goo.gl/t9Zlet>.

¹¹ En cuyo caso la consulta tendría carácter posterior y se desarrollaría “bajo el mismo procedimiento”, debiendo la autoridad que dictó la norma tener en cuenta los resultados para la ratificación, modificación o eliminación del texto.

No obstante lo aquí dicho, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que la obligación de consulta pública, en los términos que prevé la ley, no es *tan obligatoria ni tan pública*.

Así lo sostuvo, por ejemplo, en su reciente sentencia N° 0522/2015¹² del 12 de mayo (publicada el 13 del mismo mes) a través de la cual declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por una sociedad mercantil contra la resolución del Ministro del Poder Popular para el Ambiente N° 20, del 27 de febrero de 2008, que prohibió la construcción de nuevas infraestructuras dentro del Parque Nacional Archipiélago Los Roques y dictó las normas que regularían la venta de las construcciones existentes en el mismo¹³.

En el fallo comentado, la Sala, luego de citar los artículos 6 y 62 del Texto Constitucional y 136 y 137 de la LOAP (vigentes *ratione temporis*) -así como un par de sus fallos anteriores en la materia¹⁴- consideró que, aun cuando la consulta “queda abiert[a] a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación [...] de realizar la remisión del anteproyecto [...], esta queda circunscrita [...] a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos”.

Con motivo de lo anterior, la Sala concluyó que “quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos antes mencionados debe acreditar que cumplió con su carga de probar que se ha constituido como una ‘comunidad organizada’ y que se encuentra inscrito en el registro” pues, de lo contrario, “no surge [...] la obligación de dirigir para su consulta el anteproyecto de [...] norma”, dada “la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación”¹⁵.

Todo ello, pese haber afirmado en párrafos anteriores que “la intervención popular es esencial en el modelo democrático diseñado por el Constituyente”.

¹² Caso: *Promociones La Madrugada C.A.* Disponible en <http://goo.gl/WUAaD6>

¹³ Según el artículo 2 de la resolución, “[l]as ventas de infraestructuras existentes en el Parque Nacional Archipiélago Los Roques, deben ser autorizadas previamente por la Autoridad Única de Área del Parque Nacional y por el Presidente del Instituto Nacional de Parques, teniendo la República por órgano de la autoridad competente, el derecho preferente para su adquisición, sujeto al respectivo avalúo que determine el valor del inmueble en venta”. En caso que no se cumpla con esta disposición, “las ventas [...] serán nulas de pleno derecho” (artículo 2).

¹⁴ Específicamente, el N° 0932/2009 (caso: *Cervecería Polar, C.A.*) -cuya extracto reitera lo dicho por la norma- y N° 1511/2013 (caso: Red de Padres y Representantes) donde se señaló que las disposiciones legales sobre la consulta pública “fortalecen y profundizan la participación ciudadana [...] ya que las decisiones que adopten los órganos del Poder Público en ejercicio de sus facultades y potestades constitucionales, no pueden ser impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía”, y que tal consulta tiene “[c]omo objetivo específico [...] difundir la información y promover la participación de la sociedad, sistematizando los intereses generales de los ciudadanos como integrantes de la comunidad y garantizando con ello la satisfacción de sus necesidades públicas, al incorporarlas en el anteproyecto o en la toma de decisiones”. Disponibles en <http://goo.gl/bOIZI9> y <http://goo.gl/3oBRdE>, respectivamente.

¹⁵ La Sala reitera así lo ya dicho en los fallos N° 1063/2008 (caso: Venezolano de Crédito, S.A.) y N° 1621/2009 (caso: *Venezolano de Crédito, S.A.*), disponibles en <http://goo.gl/Y1VKRV> y <http://goo.gl/aY8slh>, respectivamente.

En vista de la argumentación brindada por la Sala, consideramos que se ha generado una modificación del alcance y contenido de la consulta pública -tal como fue prevista por el legislador nacional- ya que, si bien no discutimos que la obligación de “remitir el anteproyecto” existe es respecto a la comunidad organizada¹⁶, ello no equivale a sostener -como lo hizo la Sala- que esa remisión, por sí sola, satisface el mandato del legislador puesto que el artículo 140 del DRV-F-LOAP incluye una segunda obligación en relación con la consulta. A saber: que “paralelamente” la Administración dé a conocer el inicio del proceso y el texto del anteproyecto para que “cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios”.

Así, la Sala pareciera confundir el deber de “remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas”, como una de las obligaciones que acarrea la consulta pública, con esta última como un todo; lo cual obra en perjuicio de los administrados y el “derecho a la participación ciudadana” que la Sala afirma custodiar y proteger al garantizar “la intervención deliberada y consciente de los ciudadanos”¹⁷.

En este sentido, no negamos que la “comunidad organizada” sea quien está legitimada para demandar en sede contencioso administrativa la nulidad de una regulación sectorial por el hecho que la Administración no le haya remitido el anteproyecto; sin embargo, ello no significa que un administrado por su propia cuenta no pueda demandar tal nulidad en caso que el órgano o ente público no haya procedido a informar a la colectividad del inicio del proceso de consulta y haya puesto a su disposición (si bien no remitiéndolo) el texto del anteproyecto¹⁸.

Este, y no otro, entendemos que es el sentido que se desprende de lo previsto tanto por el legislador nacional como por el Constituyente al regular la participación ciudadana como un mecanismo que tiende a la formación, ejecución y control de la gestión pública; pues, de lo contrario, la norma carecía de contenido respecto a la posibilidad de cualquier persona de

¹⁶ Aun cuando podría debatirse cuándo existe una “comunidad organizada” y si tal calificativo lo otorga el registro ante cada uno de los órganos y antes de la Administración que dicten regulaciones sectoriales (por lo que podría darse el caso de ser una “comunidad organizada” en “X” ministerio pero no en el “Y”); a lo que habría de sumársele lo ya dicho al inicio de estas notas sobre cómo ha variado la consagración legislativa de este registro y su relación con la consulta pública en la LOAP y los DRV-F-LOAP.

¹⁷ Sentencia N° 1511/2013 de la Sala Político Administrativa, ya citada.

¹⁸ Así -incluso- parece haberlo reconocido la Sala Político Administrativa en el año 2012 cuando, al decidir la apelación ejercida contra una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró improcedente la medida cautelar solicitada en una causa seguida contra la *Normativa de Tecnología de la Información, Servicios Financieros Desmaterializados, Banca Electrónica, Virtual y en Línea* dictada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, señaló que “si bien la remisión del anteproyecto a las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro al que se refería el artículo 135 *eiusdem*, constituye una parte del procedimiento para la elaboración de normas previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, este no se agota con la realización de dicho trámite, pues el artículo 136 de ese cuerpo normativo, también preveía la publicación en la prensa nacional de la apertura del proceso de consulta y la posibilidad para cualquier persona de presentar por escrito sus observaciones y comentarios dentro del plazo que se dispusiera para ello”. Hemos de destacar que la Sala no hizo algún otro pronunciamiento al respecto y, luego de decir la apelación sin lugar, devolvió el expediente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que, al momento de redacción de estas líneas, aún no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. Véase la sentencia N° 0186/2012 de la Sala Político Administrativa (caso: *Venezolano de Crédito, S.A.*). Disponible en <http://goo.gl/h94WMq>.

presentar sus observaciones, tal como lo establece el propio artículo 135 del DRV-F-LOAP vigente, en su primer aparte, al indicar que “[l]as personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo”.

El asunto no deja de ser curioso ya que la Sala Político Administrativa reconoce la consulta pública como esencial e indica que ella podrá darse tanto a través de la comunidad organizada como individualmente, pero luego afirma que el proceso solo será impugnabile si el interesado demuestra que se constituyó como una comunidad que esté registrada. En caso contrario, no se oíría ningún reclamo en cuanto la violación de esta consulta cuyo objeto, como ha indicado la propia Sala, es que las normas no sean “impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía”.

Pero el asunto no termina ahí, pues la Sala procedió a esgrimir otro argumento a favor de por qué en este caso no se había violado la letra de los artículos 136 y 137 de la LOAP (hoy 140 y 141 del DRV-F-LOAP).

Así, la Sala afirmó que dado que la resolución impugnada tenía por objeto “conservar y proteger el Parque Nacional Archipiélago Los Roques”, en el caso particular “cobra relevancia el derecho constitucional al ambiente (artículo 127), por lo que en criterio de esta Sala, los derechos relativos a su preservación en virtud del interés general que representa, deben prevalecer sobre derechos particulares” dadas “las repercusiones que las normas de protección ambiental producen no solo en el entorno inmediato de las comunidades [...] sino porque tales consecuencias trascienden y afectan la calidad de vida de los seres humanos y los animales, contribuyendo a fortalecer el frágil equilibrio de los ecosistemas”.

Lo anterior llevó a la Sala “indefectiblemente a concluir que en el marco de un estado democrático y social de derecho y de justicia, que limita el derecho de propiedad por causas de utilidad pública y el interés general o social, debe tener preeminencia la protección de los derechos ambientales frente al interés particular” por lo que “se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 137 [...] dado que la resolución impugnada se dictó a los fines de la protección del ambiente, [...] vale decir, se materializó la preeminencia de los intereses colectivos (ambientales) sobre los intereses particulares”.

Ya hemos citado *in extenso* el artículo 141 del DRV-F-LOAP que viene a reiterar lo previsto en el artículo 137 LOAP. De este modo, hemos visto que las regulaciones sectoriales podrán ser aprobadas sin pasar por la consulta pública previa sí -y solo sí- existe una emergencia manifiesta “por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad” o se está en presencia de un estado de “legislación excepcional”.

Estos son supuestos taxativos, y de ninguno de ellos se extrae la conclusión a la que arriba la Sala según la cual, por el hecho de encontrarnos ante un interés colectivo, este debe imponerse sobre el interés particular y, en consecuencia, la consulta pública deja de ser obligatoria.

De hecho, todas estas circunstancias hacen pensar en acontecimientos de emergencia o crisis que harían el proceso de consulta pública contraproducente pues impedirían la adopción inmediata de una medida necesaria para afrontar un suceso social, político, económico o natural¹⁹.

Y aun en estos casos, tal es la gravedad de la falta de consulta, que la norma hace mención expresa a que la regulación deberá ser autorizada por la cabeza del Poder Ejecutivo a nivel nacional, estatal y municipal²⁰. Circunstancia que, vale decir, la Sala ignora en este caso.

De este argumento surge una interrogante: ¿la consulta pública depende de si la materia objeto de la regulación sectorial es de interés colectivo o no? La norma en ningún momento se pasea por esa idea, pero la Sala lo afirma de modo tajante enlazando la protección del ambiente -como interés colectivo- con la mención que hace la ley en cuanto a la “seguridad y protección de la sociedad”. Supuesto que, como hemos indicado, tiene un sentido diferente al dado acá por el Poder Judicial.

En cualquier caso, la Sala concluye su fallo señalando que “en virtud de que la consulta prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública se puede efectuar *a posteriori*, se insta a la Administración a efectuar la referida consulta, todo ello de conformidad con el derecho a la participación ciudadana en los asuntos de interés general”.

De este modo la Sala reconoce que todos los venezolanos tenemos derecho a participar en los asuntos de interés general a través de la consulta pública. Claro está, siempre que la materia no verse sobre un interés general y que actuemos como comunidad organizada pues, en caso contrario, esta consulta será flexibilizada y, como señalamos en páginas anteriores, no será ni tan obligatoria ni tan pública.

Queremos finalizar recordando que antes de la LOAP, algunos autores advertían que la participación pública en el procedimiento de elaboración de actos generales “no es simplemente un asunto de conciencia democrática, sino también es un problema de calidad” ya que la regulación “reflejará adecuadamente los diversos intereses en conflicto y realizará entre ellos una composición que globalmente puede considerarse razonable”²¹, por lo que señalaban la importancia de su consagración normativa.

¹⁹ No en vano es que la regulación debe ser sometida a un proceso de consulta pública posterior.

²⁰ Véase Muci Borjas, José. “El ejercicio de la función normativa por la administración pública venezolana” en *Derecho administrativo iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas 2007, Ediciones Paredes, pp. 591-601.

²¹ Chavero Gazdick, Rafael. (1994). “La participación ciudadana en la elaboración de actos generales” en *Revista de Derecho Público*, N° 59-60, pp. 5-30. Disponible en <http://goo.gl/yg5Qzz>.

Hoy existe la legislación pero, como hemos visto, la misma es desconocida abiertamente por nuestra Poder Judicial y, en particularmente, la Sala Político Administrativa²². Lamentablemente, el Poder Ejecutivo no se queda muy atrás²³.

²² En adición a las muestras ya narradas podemos agregar que la Sala Político Administrativa ha indicado recientemente que “la no incorporación en el expediente administrativo de las observaciones escritas consignadas por los interesados en la oportunidad fijada, no es una irregularidad que conlleve a la violación de los requisitos establecidos legalmente para la validez de los proyectos reglamentarios de la Administración Pública” (sentencia N° 0932/2009, ya citada) y que si se trata de “una materia netamente de carácter técnico que no es manejada por la mayoría de la población, sino que, por el contrario, su implementación y regulación requiere del conocimiento especial de la materia, dichas circunstancias conllevan a excluir la aplicación de la consulta como mecanismo de participación ciudadana” (sentencia N° 0711/2015, caso: *Venezolano de Crédito, S.A.* Disponible en <http://goo.gl/OSlhLY>. Todo ello, claro está, sin ningún basamento legal.

²³ Si bien escapa del objeto de estas líneas, basta consultar la *Gaceta Oficial* y los portales web de los órganos y entes de la Administración Pública para constatar lo poco frecuentes que son los llamados a consulta pública.

ACTO ADMINISTRATIVO ES SOLO AQUEL QUE CREA O EXTINGUE ALGÚN DERECHO, SEGÚN LA SPA/TSJ

Gabriel Sira Santana¹
Abogado

Resumen: *La colaboración consiste en unas breves anotaciones sobre la sentencia N° 0516/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se aseveró que los actos administrativos son solo aquellos que crean o extinguen derechos.*

Abstract: *This paper consists in some brief annotations about the judgment N° 0516/2015 of the Administrative Chamber of the Supreme Court in which they affirmed that administrative acts are only those that create or extinguish rights.*

Palabras Clave: *Venezuela; Sala Político Administrativa; acto administrativo.*

Key words: *Venezuela; Administrative Chamber; administrative act.*

El pasado 7 de mayo fue publicado el fallo N° 0516/2015² del 5 del mismo mes por medio del cual la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decidió sin lugar el recurso de apelación ejercido por un particular contra la sentencia N° 1092/2014³ del 10 de julio de 2014, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró inadmisiblemente -por inepta acumulación- una demanda de nulidad interpuesta “contra el acto administrativo contenido en el oficio signado con el N° 07-02-524 de fecha 22 de julio de 2013, emanado de la Directora de Control de Municipios de la DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL DE ESTADOS Y MUNICIPIOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”.

Por medio de este oficio la Dirección señalada -atendiendo a una comunicación del hoy apelante en virtud de la cual el mismo solicitó pronunciamiento “en cuanto a su situación jurídica por cuanto no ha sido juramentado como Contralor Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas, en virtud de haber resultado ganador en el Concurso Público para la designación del Contralor Municipal de esta entidad local”- determinó que “considera[ba] necesario hacer de su conocimiento” (es decir, del apelante) que dicha institución realizó una evaluación del concurso público en el que él había participado para optar el cargo en cuestión y concluyó que si bien él había sido “designado y juramentado por el Concejo Municipal como el ganador del concurso público convocado”, en la etapa previa de formalización de la inscripción se habían incorporado presuntos documentos falsos.

¹ Universidad Central de Venezuela. Abogado Summa Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo.

² Caso: *Francisco Ramos*. Disponible en <http://goo.gl/690pur>.

³ Caso: *Francisco Ramos*. Disponible en <http://goo.gl/s6VBFF>.

Hecho este que fue corroborado luego por la Contraloría General de la República y que dio lugar a que el Contralor General ordenase al Concejo Municipal, mediante resolución, revocar “tanto el concurso público como la designación del ciudadano [...] como Contralor Municipal, y proceder a la convocatoria de un nuevo concurso público”.

La cita de este oficio por parte de la Sala Político Administrativa concluye con la frase “[e]n los términos que anteceden, queda expresada la opinión de esta Máxima Institución Fiscalizadora, con relación al asunto sometido a consideración”.

Así, haciendo abstracción del fondo del asunto -es decir, si el ciudadano incorporó o no documentos falsos y la consecuente revocatoria del concurso y la designación- hay un hecho que no genera -o no debería- generar duda: nos encontramos ante lo que nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina mayoritaria consideran un acto administrativo.

La afirmación anterior deriva de la letra del artículo 7 de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*⁴ (en lo sucesivo, LOPA) según el cual, “[s]e entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública”⁵.

Tal disposición ha sido estudiada extensamente por la doctrina que ha señalado que la clave del concepto se encuentra en precisar qué se entiende por *declaración* y de qué naturaleza puede ser la misma.

Al respecto -y sin pretender un estudio profundizado del tema pues ello escaparía del objeto de estas líneas- podemos indicar que autores como Pérez Luciani diferencian las *declaraciones jurídicas* de las *operaciones* y concluyen que las primeras serán aquellas que “no modifican el medio físico”; pudiendo consistir, a su vez, en proveimientos -es decir, un acto “que produce los efectos jurídicos subjetivos principales de nacimiento, modificación o extinción de situaciones subjetivas”- o actos instrumentales⁶.

En el mismo orden de ideas, Rodríguez García expone que la declaración devendrá del ejercicio de una potestad administrativa y que ella podrá consistir en una manifestación de voluntad, de juicio, de deseo, o de conocimiento⁷, distinguiéndose a su vez entre las declaraciones resolutorias (que se traducen en actos administrativos que ponen fin a un asunto planteado a la Administración) y de mero trámite (o instrumentales de la decisión final).

De modo similar se pronuncia Araujo Juárez para quien la declaración hace referencia a un proceso intelectual -por lo que se encuentran excluidas del concepto de acto administrativo las actuaciones de pura ejecución o materiales que realiza la Administración Pública- y puede ser de voluntad (reconoce, crea, modifica o extingue derechos subjetivos u

⁴ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

⁵ Resulta prudente acotar que si bien la transcripción del acto en la sentencia que comentamos es parcial, por lo que se nos imposibilita conocer a ciencia cierta si se encuentran satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 18 de la LOPA, consideramos que ello no es un impedimento para afirmar que se trata de un acto de este tipo.

⁶ Pérez Luciani, Gonzalo. *La noción del acto administrativo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 2009, pp. 106-108.

⁷ Rodríguez García, Nelson. “Los actos administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 24, 1985, p. 44. Disponible en <http://goo.gl/NJ3Opk>

obligaciones), juicio (emite una opinión), deseo (expresa la conveniencia o necesidad de una cosa o situación determinada) o conocimiento (da fe de un hecho que se presencia)⁸.

Así, la doctrina nacional coincide con la internacional según la cual, el acto administrativo es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria”⁹.

Vale acotar que esta definición, a su vez, ha sido recogida textualmente por nuestra jurisprudencia en diversos fallos entre los que destacamos los N° 1310/2006 y 1504/2012 de la Sala Constitucional¹⁰.

En este sentido -partiendo del marco teórico, normativo y jurisprudencial citado- no debería dudarse que el oficio emanado de la Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República es un acto administrativo contentivo de una declaración de carácter particular emitida por un órgano de la Administración Pública, de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley; pudiendo discutirse, en todo caso, si se trata de un acto impugnabile o no ante la sede contencioso administrativa según cause, o no, un gravamen en cabeza del administrado.

No obstante, lo cierto es que la Sala Político Administrativa difirió de esta línea argumentativa en su reciente sentencia N° 0516/2015 cuando aseveró que el oficio parcialmente transcrito “no constituye un acto administrativo, por cuanto no crea ni extingue algún derecho del recurrente”, indicando que “dicho ‘Oficio’ sólo tiene una naturaleza informativa y, por tanto, no genera gravamen a su destinatario, pues no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna”.

Es decir, que la Sala hizo caso omiso a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria¹¹, para adherirse a la tesis según la cual el acto administrativo es, únicamente, aquel que comporta una declaración de voluntad -es decir, que produce un efecto jurídico inmediato- puesto que este es el único que resulta impugnabile¹².

⁸ Araujo Juárez, José. *Derecho administrativo parte general*. Editorial Paredes. Caracas 2007, pp. 464-465.

⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Rincón. *Curso de derecho administrativo*, tomo I. La ley, Buenos Aires 2006, p. 550.

¹⁰ El primero de ellos del 30-06-2006 (caso: *Carmen Lucía González Ravelo*) puede ser revisado en <http://goo.gl/u4rC3R>, mientras que el segundo, del 14-11-2012 (caso: *Adelmo Chacín López*), se encuentra disponible en <http://goo.gl/JQ7E7U>.

¹¹ En adición a los autores ya citados, véase: Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo*, tomo I. Giuffrè Editore Milán 1958; Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras seleccionadas: primeras obras*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires: 2012; Guaita Martorell, Aurelio. “El concepto de acto administrativo” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 7. 1975, pp. 529-550; Morell Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Elcano: Editorial Aranzadi. 1998; García-Trevijano Fos, José. *Los actos administrativos*. Editorial Civitas. Madrid (1986); y Lares Martínez, Eloy. *Manual de derecho administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas (1983).

¹² Esta definición es compartida por Sayagués Laso y Boquera Oliver, ambos citados en Meilán Gil, José. (2010). “El acto administrativo como categoría jurídica” en *Revista de Derecho Público*, N° 121, p. 27. Disponible en <http://goo.gl/ny3vbl> [consultado: 15-12-2015]. Algunas notas al respecto pueden verse en Araujo Juárez, José. *Op. cit.*

De este modo, la Sala desconoció -por vía de consecuencia- a las declaraciones de juicio, deseo y conocimiento como actos administrativos, a pesar de lo previsto en el artículo 7 de la LOPA, ya citado.

Así, si bien es cierto que de la transcripción efectuada por la Sala no parece desprenderse que el acto impugnado pueda considerarse una “declaración de voluntad” conforme a lo desarrollado por la doctrina en párrafos anteriores, sería un equívoco sostener que tal circunstancia equivale a la inexistencia de un acto administrativo pues, dicho concepto, -como hemos visto- no se encuentra limitado al reconocimiento, creación, modificación o extinción de derechos subjetivos y obligaciones sino que, de igual forma, habrá acto administrativo cuando la Administración manifiesta su conocimiento sobre un determinado tema a través de actos de información o comunicación¹³.

Tal como sería el caso de autos en el que un órgano de la Administración Pública (Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República) dio respuesta al requerimiento de un particular haciendo “de su conocimiento” los motivos por los cuales había sido revocado su nombramiento como Contralor del municipio Maturín del estado Monagas. Y así lo reconoce la propia Sala al indicar que “el referido Oficio se emite como respuesta a una solicitud de información presentada por el recurrente”.

De este modo, somos de la opinión que la Sala Político Administrativa parece confundir la declaración de voluntad (especie) con el acto administrativo en sentido amplio (género). Cuestión esta que aun cuando podría deberse a una redacción poco feliz, pues más adelante se indica que este oficio “no tiene la naturaleza de un acto administrativo susceptible de ser impugnado” -lo que permitiría preguntarnos si la Sala lo reconoce entonces como un acto administrativo no susceptible de ser impugnado, aunque en un inicio señale tajantemente que él “no constituye un acto administrativo”-, consideramos que esta decisión no puede, ni debe, pasarse por alto pues tal afirmación podría sentar un precedente en nuestra jurisprudencia que, en un futuro cercano, obre en contra de los administrados al considerarse que cualquier acto que no consista en una manifestación de voluntad no es un acto administrativo y, en consecuencia, no se encuentra sujeto -por ejemplo- a las formalidades que prevé nuestro ordenamiento jurídico en la materia.

Estamos conscientes que la afirmación anterior podría pecar de fatalista, pero el peligro es real si se tiene en cuenta que nuestro Poder Judicial cada día tiende más hacia la flexibilización de los controles de la Administración Pública, en claro perjuicio de los derechos e intereses de los administrados.

Otro ejemplo reciente de ello es la sentencia N° 0403/2015, de la misma Sala Político Administrativa, según la cual el acto administrativo de notificación electrónica en materia de renovación de las Autorizaciones de Adquisición de Divisas (AAD) “está exento del cumplimiento de los requisitos previstos en los citados artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues una vez que el destinatario lo recibe a través de correo electrónico, comienza a surtir efectos”¹⁴.

¹³ Véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Rincón. *Op. cit.* p. 552.

¹⁴ Sentencia del 15-04-2015 (caso: *Colgate Palmolive, C.A.*). Disponible en [http:// goo.gl/fQrOOw](http://goo.gl/fQrOOw).

Es decir, que esta Sala no solo estaría excluyendo de la categoría de actos administrativos a ciertas declaraciones “de carácter general o particular emitida[s] de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública”; sino que, aquellas que sí son reconocidas como tales, estarían siendo objeto de transformaciones o ajustes sistemáticos que se alejan de la intención del legislador y nos hacen recordar lo dicho por Herrera Orellana en cuanto a que el derecho administrativo en Venezuela no ha tendido a la protección de las libertades (y la defensa de los derechos e intereses de los administrados impidiendo los excesos y los abusos en el ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración para asegurar el imperio de la ley), sino que él se concibe como un medio idóneo para facilitar el ejercicio del poder por parte del Estado¹⁵. Facilidad que, claramente, se ve acrecentada por decisiones como las aquí reseñadas.

¹⁵ Herrera Orellana, A. “Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 2. Universidad Monteávila, Caracas: 2014. pp. 71-94. Disponible en <http://goo.gl/WteHsU>.

Jurisprudencia Extranjera

UN “PUTSCH JUDICIAL”: COMENTARIOS EXPLICATIVOS DE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DECLARANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DE CUATRO ESTADOS QUE REGULABAN EL MATRIMONIO COMO UNIÓN SOLO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Estudio sobre el alcance de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Caso: Obergefell) declarando inconstitucionales las leyes de cuatro Estados que regulaban el matrimonio como una unión exclusivamente entre hombre y mujer.*

Abstract: *Study on the scope of the Supreme Court of the United States decision (Case: Obergefell) declaring unconstitutional the statutes of four States in which the only marriage admissible was the one between a man and a woman.*

Palabras Clave: *Matrimonio. Matrimonio entre personas del mismo sexo.*

Key words: *Marriage. Marriage between person of same sex.*

I. LA SENTENCIA, LA NOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS CARENCIAS CONSTITUCIONALES

El título del presente comentario (*Putsch Judicial*) no es mío. Fue el que utilizó el Juez Scalia, en su Voto disidente, para calificar la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el 26 de junio de 2015, dictada en *writ of certiorari* en los casos *James Obergefell, et al., Petitioners 14-556 V. Richard Hodges, Director, Ohio Department Of Health, et al.; Valeria Tanco, et al., Petitioners 14-562 V. Bill Haslam, Governor of Tennessee, et al.; April Deboer, et al., Petitioners 14-571 V. Rick Snyder, Governor of Michigan, et al.; And Gregory Bourke, et al., Petitioners 14-574 V. Steve Beshear, Governor of Kentucky*, (conocida como *J. Obergefell v. Hudge*) (US 575_(2015)).¹

En dicha sentencia, partiendo del supuesto de que “no existe una unión tan profunda como el matrimonio,” la Corte revocó las sentencias que se habían dictado por la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, en aplicación de las leyes de los Estados de Ohio, Tennessee, Michigan y Kentucky que solo regulaban la posibilidad del matrimonio cuando era entre un hombre y una mujer.

¹ Véase el texto en http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf . El editorial del *The New York Times*, consideró que con el calificativo el Juez Scalia se había burlado (“*mocked*”) de la sentencia. Véase *The New York Times*, New York, June 27, 2015, p. A20.

Para dictar su decisión, la Corte Suprema consideró que la Constitución de 1787 “no permite que los Estados prohíban a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio en los mismos términos y condiciones acordadas a las parejas de sexos contrarios,” acogiendo así la petición de los peticionarios que eran catorce parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas habían fallecido, desechando la argumentación de los funcionarios demandados (todos encargados de ejecutar las leyes impugnadas de inconstitucionalidad) y considerando que los mismos habían “violado la Enmienda Catorce de la Constitución, al negarle a quienes reclamaban “dignidad igual a los ojos de la ley,” “su derecho a casarse o a que sus matrimonios fueran legales en otros Estados, que le daban reconocimiento total;” todo partiendo de la base de que la “dignidad igual a los ojos de la ley,” era un derecho que les otorgaba la Constitución.

El Juez Scalia, como se ha dicho, calificó la sentencia en su Voto disidente, como “un golpe de Estado judicial,” (*Judicial Putsch*), pues con ella, cinco jueces que formaron la mayoría de la Corte, en definitiva concluyeron:

“que cada Estado violó la Constitución durante todos los 135 años entre la ratificación de la Enmienda Catorce y la permisión en Massachusetts del matrimonio del mismo sexo en 2003. Ellos han descubierto en la Enmienda Catorce un “derecho fundamental” ignorado por cada persona viva al tiempo de la ratificación, y por casi todo el mundo desde entonces. Ellos ven lo que menos importantes mentes jurídicas -mentes como Thomas Cooley, John Marshall Harlan, Oliver Wendell Holmes, Jr., Learned Hand, Louis Brandeis, William Howard Taft, Benjamin Cardozo, Hugo Black, Felix Frankfurter, Robert Jackson, and Henry Friendly- no pudieron ver. Ellos están seguros que el pueblo ratificó la Enmienda Catorce para otorgarles a ellos el poder de eliminar temas del proceso democrático cuando ello deriva de su “razonado juicio.” Estos jueces saben que limitar el matrimonio a un hombre y una mujer es contrario a la razón; ellos saben que una institución tan vieja como el gobierno mismo, y aceptada por todas las Naciones en la historia hasta hace quince años, no puede ser apoyada por otra cosa que no sea la ignorancia o el prejuicio. Y están dispuestos a decir, que cualquier ciudadano que no esté de acuerdo con ello, que se refiera a lo que fue hasta hace quince años el juicio unánime de todas las generaciones y todas las sociedades, es contrario a la Constitución.”

Como lo reafirmó el Chief Justice Roberts también en su Voto disidente al cual se unieron los Jueces Scalia y Thomas: “como la mayoría lo reconoce, el matrimonio “ha existido por milenios y a través de las civilizaciones,” y siempre se ha referido “a una sola relación: la unión entre un hombre y una mujer,” lo que consideró que no es una “coincidencia histórica,” en el sentido de que:

“El matrimonio no surgió como consecuencia de un movimiento político, de un descubrimiento, de una enfermedad, de una guerra, de una doctrina religiosa, o de cualquier otra fuerza de la historia mundial – y ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales y lesbianas. Surgió de la naturaleza de las cosas para satisfacer la necesidad vital de asegurar que los hijos fueran concebidos por una madre y un padre comprometidos a levantarlos en condiciones estables durante la vida de su relación.”

Por su parte, en cuanto al concepto de matrimonio, el Juez Alito, en su Voto disidente destacó sobre la concepción del matrimonio utilizada en la sentencia, que en la misma se sostiene que “el propósito fundamental del matrimonio es el promover el bienestar de los que se casan”; el de “dar satisfacción emocional y promesas de apoyo en tiempos de necesidad” y que “beneficiando a las personas que escogen casarse, el matrimonio beneficia indirectamente a la sociedad porque las personas que viven una vida en relación estable, satisfactoria y de soporte hace mejores ciudadanos.” Es por estas razones, según expresó el mismo Juez Alito, que el argumento de la Corte fue que:

“los Estados promueven y formalizan el matrimonio, confieren especiales beneficios a las personas casadas, y también les imponen obligaciones especiales. Este entendimiento de las razones de los Estados para reconocer el matrimonio es lo que permite a la mayoría argumentar que el matrimonio del mismo sexo sirve a los objetivos de los Estados en la misma forma que los matrimonios de sexos opuestos. Este entendimiento del matrimonio, que se enfoca casi enteramente en la felicidad de las personas que escogen casarse, es hoy compartida por muchas personas, pero no es la tradicional. Por milenios, el matrimonio fue indisolublemente unido a una sola cosa que solo las parejas de sexo opuesto pueden hacer: procrear.”

Ahora bien, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, como sucede con todas las antiguas muy antiguas o que contienen declaraciones muy escuetas de derechos fundamentales, nada dispuso en materia de matrimonio, ni como derecho de las personas ni como institución social protegida por el Estado; y ello, a pesar de que como lo observó Alexis de Tocqueville cuando visitó Norteamérica en 1835, “no hay país en el mundo donde el lazo del matrimonio sea tan respetado como en América,” (*Democracy in America* 309 (H. Reeve transl., rev. ed. 1990; citado en la sentencia). La palabra “*marriage*” incluso, no es utilizada en ninguna de sus normas.

Esto, al contrario de lo que sucede en Constituciones más modernas, como por ejemplo la de Venezuela, cuyo artículo 77 dispone en los términos antes mencionados que destacaron el Chief Justice Roberts y el Juez Alito en sus Voto disidentes, que “se protege el matrimonio entre *un hombre y una mujer*, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges,” agregándose que “las uniones estables de hecho entre *un hombre y una mujer* que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.” Sobre esta norma debo recordar que el proyecto de Constitución que se sometió a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del 26 de octubre de 1999, cuando tuvo lugar la primera discusión del texto constitucional, no contenía referencia alguna a que el matrimonio es una relación entre un “hombre y una mujer,” habiendo sido aprobada la norma sin dicha precisión. Como consideré y considero que el matrimonio es una institución que sólo puede ocurrir entre un hombre y una mujer (otras relaciones entre personas de un mismo sexo pueden ser reconocidas y protegidas, pero no por ello, se tienen que llamar “matrimonio”), al finalizar la referida sesión de la Asamblea, consigné mi *Voto Salvado* con el siguiente texto:

“Salvo mi voto por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al “hombre y la mujer” que traía la redacción original pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios sólo deban existir entre hombre y mujer.”²

En la segunda discusión del proyecto se adoptó el texto finalmente sancionado, pudiendo decirse entonces que el tema del matrimonio como institución protegida por el Estado que sólo puede ocurrir entre un hombre y una mujer, está expresamente regulado en la Constitución, por lo que no hay forma de interpretar sus previsiones en cuanto al matrimonio que no sea como una unión entre hombre y mujer, no pudiendo abarcar uniones de personas del mismo sexo.

En la Constitución de los Estados Unidos, en contraste, como lo expresó el Chief Justice Roberts, en Voto disidente:

² Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente (1999)*, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 680-681.

“nada dice en sí misma sobre el matrimonio, y los Redactores en consecuencia asignaron a los Estados “todo el tema de las relaciones domésticas entre esposo y esposa” Windsor, 570 U. S., at ___ (slip op., at 17) (quoting *In re Burrus*, 136 U. S. 586, 593-594 (1890)). No hay discusión sobre el hecho de que cada Estado en su fundación -y todos los Estados a través de nuestra historia hasta hace una docena de años- definió el matrimonio en la forma tradicional, biológicamente fundada. Los cuatro Estados en estos casos son típicos. Sus leyes, antes y después han considerado el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.”

Y el hecho de que la Constitución nada regule en materia de matrimonio, significa que conforme al sistema federal de los Estados Unidos, el régimen del mismo corresponde ser establecido exclusivamente por los Estados. Por eso son las leyes de los Estados las que siempre han regulado el matrimonio.

Ahora bien, en cuanto a la Enmienda IV que se ha considerado violada por las leyes de los Estados que han establecido el matrimonio entre hombre y mujer, en la misma, en su parágrafo primero, lo que se indica es que:

“[...].Ningún Estado podrá hacer o imponer cualquier ley que pueda reducir los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni Estado alguno podrá privar a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción protección igual de las leyes.”³

Esta es la norma constitucional que la Corte Suprema, en su sentencia, consideró violada al negarse a los peticionarios el derecho a casarse, para lo cual la Corte limitó su decisión a dos cuestiones: primero, presentada en los casos de Michigan y Kentucky sobre si la Enmienda Catorce requiere a que el Estado celebre matrimonio entre dos personas del mismo sexo; y segundo, presentada en los casos de los Estados de Ohio, Tennessee y de nuevo Kentucky, si la Enmienda Catorce requiere que el Estado reconozca el matrimonio del mismo sexo celebrado y realizado en un Estado que si otorgue ese derecho.

La sentencia fue dictada con el respaldo de cinco votos, bajo la opinión del Juez Kennedy, a la cual se sumaron los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor, y Kagan, y los siguientes Votos disidentes: el del Chief Justice Roberts, al cual se sumaron los Jueces Scalia y Thomas; el del Juez Scalia, al cual se sumó el Juez Thomas; El del Juez Thomas, al cual se sumó el Juez Scalia; y el del Juez Alito, al cual se sumaron los Jueces Scalia y Thomas.

Estas notas están destinadas a explicar las razones de la Corte Suprema al dictar su decisión, considerando la sentencia en particular desde el punto de vista del poder de la misma para controlar la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), sin entrar realmente en la discusión sobre el fondo decidido. Y ello, primero, en el mismo sentido que lo expresó el Juez Scalia en su Voto disidente, la sustancia de la sentencia en materia de matrimonio no es hoy lo importante, pues las leyes de los Estados pueden regular el tema como lo estimen las Legislaturas, reconociendo el matrimonio cualquier vínculo sexual, lo cual puede tener efectos sociales adversos como otras leyes controversiales. Lo importante en realidad, es saber quién es el que rige al ciudadano. Como lo expresó el Juez Scalia:

“La decisión de hoy dice que mi Gobernante, y el Gobernante de 320 millones de americanos de costa a costa es una mayoría de los nueve jueces de la Corte Suprema. La decisión es estos casos, es la última extensión de hecho -y la última extensión que uno pueda imaginar- del

³ Fourteenth Amendment, 1 (1868): “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

poder que la Corte reclama para crear “libertades” que ni la Constitución ni sus Enmiendas siquiera mencionan. Esta práctica de control de constitucionalidad por un comité no electo de nueve, siempre acompañada (como es hoy) de extravagantes admiraciones de libertad, le roba al Pueblo la libertad más importante que está en la Declaración de Independencia y venció en la Revolución de 1776: la libertad de gobernarse a sí mismo.”

Igualmente, nuestros comentarios van en el sentido que expresó el Juez Alito en su también Voto disidente, en el sentido de que:

“La decisión de hoy tendrá un efecto fundamental en esta Corte y en su habilidad de sostener el Estado de derecho. Si una simple mayoría de Jueces puede inventar un nuevo derecho e imponer ese derecho en el resto del país, el único límite real a lo que futuras mayorías podrán hacer, es su solo sentido sobre lo que esos con poder político e influencia cultural estarán dispuestos a tolerar. Incluso los entusiastas soportes del matrimonio del mismo sexo se preocuparán sobre el ámbito del poder que la mayoría de hoy reclama. La decisión de hoy muestra que décadas de intentos de restricción de los abusos de la autoridad de esta Corte han fracasado. Una lección que alguien va a sacar de la decisión de hoy es que predicar sobre el método apropiado de interpretación de la Constitución o de las virtudes del auto control y humildad judicial no pueden competir con la tentación de lograr lo que es visto por todos los medios prácticos como un final noble. Yo no tengo dudas que mis colegas en la mayoría ven sinceramente en la Constitución una visión de libertad que coincide con las de ellos mismos. Pero esta sinceridad es motivo de preocupación y no de seguridad. Lo que es evidente es lo hondo y quizás irremediable corrupción de nuestra concepción de cultura jurídica sobre interpretación constitucional.

Por ello el Juez Alito expresó que aparte de que la decisión adoptada iba a ser celebrada y lamentada conforme a la propia visión sobre matrimonio del mismo sexo que tuvieran los americanos, “de lo que tendrían que preocuparse es de lo pretende el clamor de poder de la mayoría.”

La sentencia se fundamentó básicamente en la noción de “libertad” que se establece en la Enmienda Catorce de la Constitución, la cual conforme se expresó en la primera frase de la sentencia, “incluye ciertos derechos específicos que permiten a las personas, dentro del reino de la legalidad, definir y expresar su identidad,” partiendo de la base de que los peticionarios en estos casos buscaban “encontrar esa libertad al casarse con alguien de su mismo sexo y tener un matrimonio considerado como legal en los mismos términos y condiciones como el matrimonio entre personas de sexo opuesto.”

II. LA DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA DEL MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Después de constatar cómo desde finales del siglo XX hubo desarrollos culturales y políticos sustanciales que condujeron a personas del mismo sexo a llevar una vida más abierta y pública y a establecer familia, y destacar las discusiones que se originaron sobre ello tanto en el sector público como privado, con un cambio de actitud más tolerante en la materia, el tema de los derechos de los homosexuales y lesbianas llegó a las cortes de justicia, habiendo la Corte Suprema decidido muchos casos de importancia (*Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986); *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996); *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 575; *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44).

Aun cuando ninguna de esas decisiones ordenó que fuera permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, algunos Estados tuvieron preocupación sobre sus implicancias, y reafirmaron en sus propias leyes que el matrimonio se define como la unión entre parejas de sexo opuesto; e incluso en 1996 se dictó una ley federal, *Defense of Marriage Act (DOMA)*, 110 Stat. 2419, que definió al matrimonio a los efectos de todas las leyes federales “solo

como la unión entre un hombre y una mujer como esposo y esposa.” 1 U. S. C. §7. Otras discusiones siguieron, y en el Estado de Massachusetts, su Corte Suprema en 2003 sostuvo que la Constitución del Estado garantizaba el derecho de las parejas del mismo sexo de casarse (*Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003)). Otros Estados, igualmente, mediante legislación o decisiones judiciales reconocieron el mismo derecho; y la Corte Suprema en *United States v. Windsor*, 570 U. S. ____ (2013), otorgó derechos matrimoniales a parejas del mismo sexo, invalidando la *Defense of Marriage Act (DOMA)*.

Además, con excepción de las sentencias sometidas a revisión en la sentencia, numerosas sentencias de las Cortes de Apelaciones, de las Cortes de Distrito y de las Cortes Supremas de los Estados en los últimos años han sostenido que excluir a parejas del mismo sexo de matrimonio viola la Constitución, y que debería permitirse que las mismas se casaran. En todo los Estados de la Unión en la materia al dictarse la sentencia estaban divididos.

III. LA ENMIENDA CATORCE, LA LIBERTAD Y LA IDENTIFICACIÓN DE LOS “DERECHOS FUNDAMENTALES”

Para decidir, la Corte Suprema se refirió a la llamada *Due Process Clause* de la Enmienda Catorce que establece que ningún Estado podrá “privar a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal”, estando incluidas dentro de las libertades fundamentales los derechos enumerados en el *Bill of Rights* (*Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 147-149 (1968)); y además, las elecciones personales centrales a la dignidad individual y autonomía, incluso las escogencias íntimas que definen la identidad personal y las creencias (por ejemplo, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 484-486 (1965)).

De esa enumeración escueta de las libertades esenciales de las personas garantizadas en la Constitución, en una enumeración (vida, libertad y propiedad) que provienen de los trabajos de John Locke del siglo XVII, la Corte Suprema ha venido estableciendo lo que ha definido como los “derechos fundamentales,” cuya “enumeración y protección” conforme se expresa en la sentencia que comentamos, “es una parte permanente del deber judicial de interpretar la Constitución” reconociendo, sin embargo, que “esa responsabilidad no ha sido reducida a fórmula alguna” (*Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., dissenting)).

Al contrario, sigue la sentencia, requiere de los tribunales “decisiones razonadas para identificar intereses de las personas que son tan fundamentales que el Estado les otorga protección,” proceso que “guía muchas de las otras consideraciones relevantes en el análisis de otras previsiones constitucionales que establecen principios extensivos en lugar de requerimientos específicos.” Según la Corte,

“ese método respeta nuestra historia y aprende de ella sin permitir que el pasado solo regule el presente. La naturaleza de la injusticia es que nosotros no siempre podremos verla en nuestro propio tiempo. Las generaciones que escribieron y ratificaron el Bill of Rights y la Enmienda Catorce no presumieron saber la extensión de la libertad en todas sus dimensiones, y así encomendaron a las futuras generaciones una carta protegiendo el derecho de todas las personas de gozar la libertad como conozcamos su significado. Cuando nuevas percepciones revelan discordancias entre las protecciones centrales de la Constitución y una inusual crítica legal, la libertad debe ser expresada.”

Pero como lo observó el Juez Thomas en su Voto disidente suscrito también por el Juez Scalia, al analizar el concepto de “libertad” incorporado en la Enmienda Catorce, “desde bastante antes de 1787, libertad ha sido entendida como libertad en relación con la acción gubernamental, no como derecho a beneficios. Los redactores crearon nuestra Constitución para preservar ese entendimiento de libertad. Sin embargo, la mayoría invoca nuestra Consti-

tución en el nombre de una “libertad” que los Redactores no hubieran reconocido, en detrimento de la libertad que ellos buscaron proteger.” Y continuó el Juez Thomas en su Voto disidente, expresando que sea que se defina “libertad” como derecho de locomoción o como libertad respecto de la acción del gobierno, en estos casos los peticionarios no pueden reclamar violación de su libertad, porque no han sido encarcelados o físicamente molestados por los Estados por participar en relaciones del mismo sexo, ni sus vidas han sido restringidas. Lo que ha sucedido es que los Estados se han negado a otorgarles beneficios gubernamentales, y su reclamo se basa en que tienen derecho a privilegios y beneficios que existen solo por la regulación gubernamental.

En orientación similar, como lo precisó el Chief Justice Roberts en su Voto disidente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado la *Due Process Clause* para incluir componentes

“substantivos” que protegen ciertos intereses de libertad contra privaciones por parte del Estado “independientemente del proceso que se prevea.” *Reno v. Flores*, 507 U. S. 292, 302 (1993). La teoría es que algunas libertades están “de tal manera enraizadas en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo que han de tener rango constitucional” y por tanto no pueden ser privadas sin una convincente justificación. *Snyder v. Massachusetts*, 291. Permitir que jueces federales no-electos seleccionen cuales derechos no enumerados son los que deben tener rango de “fundamentales” -y anular leyes estatales sobre la base de esa determinación-levanta preocupaciones obvias sobre el papel judicial. Nuestros precedentes en consecuencia han insistido que los jueces “deben tener un gran cuidado” en identificar derechos fundamentales implícitos, y “menos que la libertad protegida por la *Due Process Clause* sea sutilmente transformada en la preferencia política de los miembros de esta Corte” *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 720 (1997).”

En definitiva, como también lo precisó el Chief Justice Roberts en su voto disidente, para evitar el:

“error salvado de convertir preferencias personales en mandatos constitucionales, nuestros modernos casos de debido proceso sustantivos insisten en la necesidad de “auto-control judicial.” *Collins v. Harker Heights*, 503 U. S. 115, 125 (1992). Nuestros precedentes han requerido que un derecho fundamental implícito sea “muy hondamente enraizado en la historia y tradición de esta Nación” y que “implícito, en el concepto de libertad ordenada, es que ni la libertad ni la justicia existirían si fuese sacrificado.” *Glucksberg*, 521 U. S., at 720-721.”

Concluyendo más adelante el Chief Justice Roberts en su Voto disidente que “El propósito de insistir en que los derechos fundamentales implícitos tengan raíces en la historia y la tradición de nuestro pueblo es para asegurar que cuando jueces no electos anulan una ley sancionada democráticamente, lo hacen basados en algo más que sus propias creencias. La Corte hoy no sólo repasó la completa historia y tradiciones de nuestro país, sino que la repudió activamente, prefiriendo vivir solo en los pesados días de aquí y ahora.”

Sobre el mismo tema de la utilización del término “libertad” utilizado en la Enmienda catorce para fundar la sentencia el Juez Alito en su Voto disidente, expresó que

“La Constitución nada dice sobre el derecho de matrimonio del mismo sexo, pero la Corte sostiene que el término “libertad” en la Cláusula del debido Proceso de la Enmienda Cuarta comprende este derecho. Nuestra Nación fue fundada sobre el principio de que toda persona tiene un inalienable derecho a la libertad, pero la libertad es un término de muchos significados. Para los liberales clásicos, puede incluir los derechos económicos ahora limitados por las regulaciones gubernamentales. Para los demócratas sociales, puede incluir el derecho a una variedad de beneficios gubernamentales. Para la mayoría de hoy, tiene un significado postmoderno particular. Para evitar que Jueces no electos impusieran al pueblo Americano su visión personal de la libertad, la Corte ha sostenido que la “libertad” en la Cláusula de Debi-

do proceso debe ser entendida para proteger no solo esos derechos que están “hondamente enraizados en la historia y tradición de esta Nación” *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 701, 720-721 (1997). Y está fuera de toda disputa que el derecho al matrimonio del mismo sexo no está entre esos derechos. Véase *United States v. Windsor*, 570 U. S. ___, ___ (2013) (*sic*). (ALITO, J., dissenting) (slip op., at 7). En efecto, “En este país, ningún Estado ha permitido el matrimonio del mismo sexo hasta que la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts sostuvo en 2003 que limitar el matrimonio a parejas de sexo opuesto violaba la Constitución del Estado. See *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941.

Ni el derecho al matrimonio del mismo sexo está hondamente enraizado en las tradiciones de otras Naciones. Ningún país permitió el matrimonio de parejas del mismo sexo hasta que los Países Bajos lo hizo en 2000. “Lo que [esos que argumentan a favor de un derecho constitucional al matrimonio de mismo sexo] buscan, en consecuencia, no es la protección de un derecho hondamente enraizado sino el reconocimiento de un muy nuevo derecho, y buscan esta innovación no del órgano legislativo electo por el pueblo, sino de jueces no electos. Enfrentado a tal exigencia, los jueces tienen que tener tanto caución como humildad.” *Id.*, at ___. (slip op., at 7-8) (*sic*) (footnote omitted). Para la mayoría de hoy, no importa que el derecho al matrimonio del mismo sexo carezca de hondas raíces e incluso sea contrario a la larga tradición establecida. Los Jueces en la mayoría reclaman la autoridad para conferir protección constitucional sobre tal derecho simplemente porque ellos creen que es fundamental.”

IV. LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En todo caso, debe recordarse que la tarea de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente en materia de identificar los derechos sociales como derechos fundamentales no ha sido fácil, particularmente porque como se ha dicho, la Constitución de 1787 y sus Enmiendas, solo contienen una escueta declaración constitucional de derechos.⁴

Una pieza esencial para el desarrollo de esa labor, ha sido, sin embargo, la previsión de la Enmienda Novena de la Constitución, incorporada en 1791, conforme a la cual:

“La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo.”⁵

Esta importante cláusula abierta de la declaración de derechos, que confirma el carácter declarativo y no constitutivo de la enumeración constitucional, le ha permitido a la Corte Suprema identificar y proteger derechos constitucionales no declarados expresamente en el texto constitucional, considerados como inherentes a la persona humana. Cláusulas abiertas de este tipo, siguiendo el sentido de la Enmienda Novena, se incorporaron posteriormente en casi todas las Constituciones de América Latina.

En todo caso, con este tipo de cláusulas, el listado de derechos constitucionales no se agota con los enumerados en el texto, así sean escuetos, sino que abarca todos aquellos inherentes a las personas y a la dignidad humana.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales” en ponencia presentada el *II Congreso Internacional sobre “Los Derechos Económicos y Sociales y su exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, organizado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 26-29 de noviembre 2014.

⁵ Ninth Amendment: (1791) “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be constructed to deny or disparage others retained by the people.*”

Esta fue la orientación de la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Griswold v. Connecticut* decidido el 7 de junio de 1965 (381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678; 14 L. Ed. 2d 510; 1965), en el cual el Juez Goldberg, al expresar la opinión de la Corte en relación con la declaración de inconstitucionalidad de una Ley del Estado de Connecticut sobre control de natalidad, por considerar que la misma violaba el derecho a la privacidad en el matrimonio, indicó:

“La Enmienda IX muestra la convicción de los autores de la Constitución de que existen derechos fundamentales que no están expresamente enumerados en las primeras ocho Enmiendas y la intención de que la lista de derechos incluidos allí no debe tenerse como exhaustiva...”

Toda la estructura de la Constitución y de sus propósitos que claramente inspiran sus garantías específicas demuestra que los derechos a la privacidad marital y a casarse y levantar una familia son de un similar orden y magnitud que los derechos fundamentales específicamente protegidos. Aun cuando la Constitución no se refiere con muchas palabras respecto del derecho a la privacidad en el matrimonio, no puedo creer que la misma no ofrezca protección a esos derechos fundamentales. El hecho de que no haya una particular previsión en la Constitución que prohíba explícitamente al Estado el perturbar la relación tradicional de la familia -una relación tan vieja y fundamental como nuestra civilización entera-, con seguridad no implica que el Gobierno tenga el poder para ello. En cambio, como la Enmienda IX lo reconoce expresamente, hay derechos fundamentales personales como éste, que son protegidos frente restricciones por el Gobierno, aun cuando no esté mencionado específicamente en la Constitución.”

En otros casos, en los mismos Estados Unidos, otros derechos no expresamente regulados en la Constitución, como por ejemplo el derecho a la educación, sin embargo no han encontrado una aproximación garantista como la indicada, ni ha sido considerado como un derecho fundamental, salvo por la vía de garantizar la igualdad y no discriminación en el disfrute del derecho.

En efecto, ese fue el meollo del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 EE.UU. 483 (1954) con el cual puede decirse que en los Estados Unidos comenzó el proceso de mutación de la Constitución en materia de derechos fundamentales, particularmente teniendo en cuenta que la Constitución de los Estados Unidos de 1789 y las primeras diez Enmiendas de 1791 no establecieron el principio de igualdad, y que la Enmienda Catorce (1868) sólo estableció una cláusula de igualdad ante la ley, que hasta la década de 1950 tuvo un significado diferente.

Este proceso convirtió a la Corte, como lo han afirmado Laurence Claus y Richard S. Kay en “el legislador más poderoso de la nación”⁶, habiendo utilizado para tal fin, viejos pero renovados medios de protección, particularmente las *injunctions* de equidad para garantizar la protección de derechos en uno de los desarrollos más notables en el derecho constitucional contemporáneo, que ha producido cambios que sólo años antes hubiera sido imposible imaginar. Esos medios judiciales de protección se comenzaron a utilizar ampliamente, precisamente en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, en el cual la Corte Suprema sostuvo que la segregación racial en la educación pública era una negación de la “protección igual

⁶ Véase Laurence Claus & Richard S. Kay, “*Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States*,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 815 ss. Argumentan estos autores que eventualmente, “la ley de la libertad y de la igualdad en los Estados Unidos es ahora, en gran medida, y en última instancia, creada y formada por el Tribunal Supremo,” en *Idem*.

ante las leyes,” y que en virtud de la Enmienda XIV, ningún Estado, dentro de su jurisdicción, podría negarla a persona alguna. Para adoptar su decisión, la Corte tuvo que responder a varios interrogantes que se formuló para comprobar si la segregación era inconstitucional, como por ejemplo, si la orden judicial que debía emitir debía ordenar que los niños afroamericanos “fueran inmediatamente admitidos en las escuelas de su propia elección; o si el juez, en el ejercicio de sus poderes para imponer la igualdad, debía “permitir un ajuste gradual efectivo” para lograr sistemas unitarios.⁷ Con el tiempo, dichas aproximaciones llevaron a la Corte Suprema en mayo de 1954, a declarar la segregación racial como incompatible con la Enmienda XIV, dictando en mayo de 1955 la sentencia definitiva del caso, dos años y medio después de haber oído los alegatos iniciales.⁸

El resultado del proceso fue un cambio radical en relación con el tema de la discriminación en el sistema educativo, lo que a la vez fue básicamente un cambio en el propio significado de la Enmienda XIV, con respecto a lo cual el *Chief Justice* Warren de la Corte Suprema argumentó en el caso, que:

“Al abordar este problema no podemos retroceder a 1868 cuando se adoptó la Enmienda, o incluso a 1896, cuando el caso *Plessy v. Ferguson* fue escrito. Debemos tener en cuenta la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su actual lugar en la vida estadounidense en toda la Nación. Sólo de esta manera se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a estos demandantes de igualdad ante las leyes”.

Esta afirmación llevó al propio Warren a concluir entonces,

“Que en el ámbito de la educación pública la doctrina de “separados pero iguales” no tiene lugar. Instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales. Por lo tanto, sostenemos que los demandantes, y otros en situación similar a partir de quienes se han interpuesto las acciones, son por razón de la segregación por la cual interpusieron el reclamo, privados de la igualdad ante las leyes garantizada por la Enmienda Decimocuarta.”⁹

Pero en contraste con la protección a sistema educativo basada en la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación que resultó del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, el derecho a la educación en sí mismo, como antes se dijo, no ha sido considerado en los Estados Unidos como un derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodríguez et al.*, de 1973, decidió que la educación, si bien “es uno de los más importantes servicios prestados por el Estado” (como se declaró en *Brown v. Board of Education*), no está dentro de la limitada categoría de derechos reconocida por esta Corte como garantizada por la Constitución” Con base en ello, la Corte Suprema negó a dicho derecho la cualidad de “derecho fundamental”, insistiendo que “la educación, no obstante su indiscutida importancia, no es un derecho al que se reconoce, explícita o implícitamente, protección por la constitución.”¹⁰

Al resolver el caso, la Corte Suprema se refirió a otra decisión anterior emitida en el caso *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), donde tratando otras materias de asistencia social pública, sentenció que:

⁷ *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). Véase en Laurence Claus & Richard S. Kay, *loc. cit. Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ 411 U.S. 1; 93 S. Ct. 1278; 36 L. Ed. 2d 16; (1973), del 21 de marzo de 1973. En *Idem.*

“No es terreno de esta Corte el crear derechos constitucionales sustanciales a título de garantizar la igualdad de las leyes. De allí que la clave para descubrir si la educación es “fundamental” no se encontrará en comparaciones sobre la significación social relativa de la educación, con la subsistencia o la vivienda. Ni tampoco se encontrará al sopesar si la educación es tan importante como el derecho a movilizarse. Más bien, la respuesta yace en determinar si existe un derecho a la educación, explícita o implícitamente, garantizado por la Constitución¹¹.

En apoyo del antes mencionado caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodríguez et al.*, la Corte también se refirió a otro caso -*Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972)- dictado solo un año antes y en el cual reiteró “que la importancia social no es el determinante crítico para sujetar la legislación estatal a examen estricto,” negando rango constitucional al derecho a tener una vivienda, disponiendo que sin denigrar de “la importancia de una vivienda decente, segura e higiénica,” el hecho es que “la Constitución no dispone de medios judiciales para cada anomalía social o económica,” siendo la materia de atribución legislativa y no judicial.¹²

Por consiguiente, el elemento clave para que los derechos humanos sean materia de protección constitucional -también en los Estados Unidos- es el rango o reconocimiento constitucional que tengan como derechos, independientemente de la posibilidad que sean además regulados por las leyes.

V. SOBRE EL DERECHO A CASARSE COMO DERECHO FUNDAMENTAL, EL DERECHO A ESCOGER PAREJA, Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Con todos estos antecedentes, para decidir la cuestión planteada sobre el derecho de los peticionarios al reconocimiento del derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, la Corte Suprema para desentrañarlo no acudió a la Enmienda Novena, como en los casos antes mencionados, sino de la Enmienda Catorce, para lo cual comenzó por reconocer que desde mucho tiempo atrás, había sostenido que el derecho a casarse está protegido por la Constitución, citando muchos casos judiciales. Entre los casos citados, se refirió al caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967), mediante el cual la Corte invalidó prohibiciones de matrimonios interraciales, sosteniendo unánimemente que el matrimonio es “uno de los derechos personales vitales esenciales para el logro ordenado de la felicidad de los hombres libres.”

La Corte precisó sin embargo, que no podía negarse que los casos citados en su sentencia describiendo el derecho a casarse, todos se referían a relaciones entre parejas de sexo opuesto, pues como muchas instituciones “hizo asunciones definidas en el mundo y en el tiempo de los cuales es parte.” Y además, en la sentencia del caso *Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810, de 1972, al referirse a la competencia de los Estados, la Corte afirmó que la exclusión del matrimonio de parejas del mismo sexo no planteaba una cuestión federal sustantiva.

En todo caso, luego de analizar todos los precedentes jurisprudenciales, la Corte concluyó que ello la compelía “a la conclusión de que las parejas del mismo sexo podían ejercer su derecho a casarse”; ya que “los cuatro principios y tradiciones que serían discutidos demuestran que las razones por las que el matrimonio es fundamental conforme a la Constitución se aplican con igual fuerza a las parejas del mismo sexo.”

¹¹ En *Idem*.

¹² En *Idem*.

Esos cuatro principios que la Corte analizó en su sentencia, son: primero, el derecho a escoger pareja, segundo, el carácter de derecho fundamental del matrimonio, tercero, su vinculación con otros derechos de la familia, y cuarto el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo como parte del derecho a casarse.

La *primera premisa* que la Corte analizó de sus precedentes fue el derecho a escoger pareja, que se considera como un derecho fundamental que no puede ser restringido por el Estado. Sobre el mismo, en síntesis la sentencia decidió que:

“el derecho personal a la escogencia en relación con el matrimonio como derecho inherente en el concepto de autonomía individual. Fue esa conexión permanente entre matrimonio y la libertad por la que [la sentencia] *Loving* invalidó la prohibición de matrimonio interracial conforme a la *Due Process Clause*. See 388 U. S., at 12.” [...] “Como las escogencias relativas a la contracepción, las relaciones familiares, la procreación, y la crianza de los hijos, todos los cuales están protegidos por la Constitución, las decisiones concernientes al matrimonio están entre las más íntimas que un individuo puede tomar.” [...] “Efectivamente, la Corte ha notado que sería contradictorio “reconocer el derecho a la privacidad en relación con materias de la vida familiar y no respecto de la decisión de entrar en la relación que es la fundación de la familia en nuestra sociedad” *Zablocki*, supra, at 386.”

“La naturaleza del matrimonio es que, a través de su promesa duradera, dos personas juntas pueden encontrar otras libertades, como las de expresión, intimidad y espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, sea cual fuere su orientación sexual. See *Windsor*, 570 U. S., at.” ____.

El *segundo principio* que destacó la Corte de su jurisprudencia es que el derecho a casarse es fundamental porque soporta la unión de dos personas como ninguna otra en su importancia de dedicación individual. Este punto, dijo la Corte fue central en *Griswold v. Connecticut*, en la cual se sostuvo que la Constitución protege el derecho de las parejas casadas al uso de contraceptivos (381 U. S., at 485); sugiriendo que el matrimonio es un derecho “tan viejo como el Bill of Rights.”

Pero como lo observó el Chief Justice Roberts en su voto salvado, lo cierto es que la competencia para regular este derecho a casarse, conforme al sistema federal, es de los Estados, de manera que

“el derecho fundamental a casarse no incluye el derecho a hacer que un Estado cambie su definición del matrimonio. Y la decisión del Estado de mantener el significado del matrimonio que ha persistido en toda cultura a través de la historia de la humanidad difícilmente puede ser llamada irracional. En breve, nuestra Constitución no sanciona ninguna teoría del matrimonio. El pueblo de un Estado es libre de extender el matrimonio para incluir parejas del mismo sexo, o para retener la definición histórica. Hoy, sin embargo, la Corte adopta el extraordinario paso de ordenarle a cada Estado que licencie y reconozca el matrimonio del mismo sexo.”

De lo anterior quedará pendiente, como lo observó el mismo Roberts, determinar “si los Estados podrán retener la definición del matrimonio “como unión entre dos personas” Cf. *Brown v. Buhman*, 947 F. Supp. 2d 1170 (Utah 2013), appeal pending, N° 14- 4117 (CA10).” “Aun cuando la mayoría insertó erráticamente el adjetivo “dos” en varias partes, no dio razón alguna sobre el porqué del elemento dos personas debe ser preservado en la esencia de la definición del matrimonio, al tiempo que el elemento hombre y mujer, no. En efecto, desde el punto de vista de la historia y tradición, un salto del matrimonio de sexos opuestos al matrimonio del mismo sexo, es mucho más grande que de una unión de dos personas a uniones plurales, las cuales tienen hondas raíces en algunas culturas alrededor del mundo;” destacando cómo “el razonamiento de la mayoría se podría aplicar con igual fuerza para reclamar un derecho fundamental al matrimonio plural.”

La *tercera base* para proteger el derecho a casarse de acuerdo con el razonamiento de la Corte, es la salvaguarda de los hijos y de la familia, de lo que deriva sentido con los derechos relacionados de crianza, procreación y educación; considerando además que el matrimonio permite la importante permanencia y estabilidad para los mejores intereses de los hijos, agregando que: “Como todas las partes coinciden, muchas parejas del mismo sexo dan hogar afectuoso y cultivado hogar a sus hijos, sean biológicos o adoptados. Y cientos de miles de hijos están siendo en el presente levantados por dichas parejas.” De allí concluyo la Corte en consecuencia, que “excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio choca con la premisa central del derecho a casarse,” y que “sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que ofrece el matrimonio, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son en cierta forma menos,” siendo en todo caso “el derecho a casarse menos significativo para esos que no quieren o no pueden tener hijos.”

VI. LA LIBERTAD Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO A CASARSE

De las tres premisas anteriores, al reconocer la Corte la importancia del matrimonio en la historia y sociedad norteamericana, concluyó afirmando que por la misma razón “que las parejas prometen apoyarse mutuamente, igualmente la sociedad acepta apoyar las parejas, ofreciéndoles el reconocimiento simbólico y los beneficios materiales para proteger y sostener su unión;” enumerando entre la lista de derechos, beneficios y responsabilidades gubernamentales relativos al estatus marital, la propiedad, el derecho de herencia y propiedad, la sucesión, los privilegios de los esposos en materia de pruebas, el acceso a hospitales, las decisiones adoptadas por las autoridades médicas, los derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y de defunción, la reglas de ética profesional, las restricciones de financiamiento de campañas, los beneficios de compensación laboral, seguro de salud y reglas de custodia, apoyo y visita de los hijos.

Sobre este principio, concluyó la Corte, que “no hay diferencia entre el mismo sexo o sexos opuestos,” en cambio mediante su exclusión de esta institución a las parejas de un mismo sexo se les niega la constelación de beneficios que los Estados vinculan al matrimonio,” y que “la limitación del matrimonio solo a las parejas de sexos opuestos, si bien pudo haber sido vista como natural y justa,” ahora “es manifiesta su inconsistencia con el significado central del derecho a casarse como derecho fundamental.” Y así, decidió la Corte que “Con ese conocimiento tiene que venir el reconocimiento que las leyes que excluyen a las parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio imponen un estigma y una injuria del tipo que está prohibido en nuestra Carta básica.”

Los demandados, sin embargo, argumentaron que los peticionarios en definitiva, no buscaban el ejercicio del derecho a casarse sino más bien, un inexistente “derecho al matrimonio del mismo sexo,” ante lo cual la Corte, al repasar los antecedentes decidió que en el caso *Loving* no se demandó sobre “un derecho al matrimonio interracial”; que en *Turner* no se demandó el “derecho de los prisioneros de casarse,” y que en *Zablocki* no se demandó acerca de un “derecho de los padres con deberes de apoyo no pagados a sus hijos, de casarse.” Al contrario observó la Corte que en cada caso “se peticionó sobre el derecho de casarse en su sentido comprensivo, preguntando si había suficiente justificación para excluir las clases relevantes de derecho.” Y según la Corte

“ese principio se aplica aquí. Si los derechos fueran definidos por quien los ejerció en el pasado, entonces practicas usuales pueden servir como sus propias justificaciones continuadas y nuevos grupos no podrían invocar derechos otrora negados. Esta Corte ha rechazado esa aproximación, tanto respecto del derecho a casarse como de los derechos de los homosexuales y lesbianas. Véase *Loving* 388 U. S., at 12; *Lawrence*, 539 U. S., at 566-567. El derecho a

casarse es fundamental como tema de historia y tradición, pero los derechos no solo provienen de fuentes antiguas. Los mismos surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen la libertad que permanece urgente en nuestra propia era. Bajo la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo tratamiento legal que las parejas de sexos opuestos, y negarles dicho derecho sería ridiculizar sus elecciones y disminuir su personalidad.”

De todo lo anterior, la Corte concluyó considerando que “el derecho a casarse de las parejas del mismo sexo que es parte de la libertad prometida en la Enmienda Catorce, también deriva de la garantía de dicha Enmienda sobre protección igual por las leyes” con la cual la anterior está profundamente conectada,” llegando a la conclusión de que:

“el derecho a casarse es un derecho fundamental inherente a la libertad de las personas, y bajo las Cláusulas del Debido Proceso y de Igual Protección de la Enmienda Catorce las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas del derecho fundamental de casarse. La Corte ahora sostiene que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental de casarse. Esa libertad no se les puede negar más.”

Y como consecuencia de esta declaración, la Corte decidió que el caso *Baker v. Nelson*, “debe ser y ahora es revocado (*overruled*)” y que las leyes estatales impugnadas por los peticionarios en estos casos, son ahora consideradas inválidas en cuanto a que excluyen a las parejas del mismo sexo del matrimonio civil en los mismos términos y condiciones de las parejas de sexo opuesto.”

Cuando se lee la sentencia cuidadosamente, cuyo solo fundamento para llegar a esta conclusión fue solo el concepto de libertad y trato igual por la ley, pero sin utilizar ni una sola vez la palabra discriminación, uno entiende el porqué de la convicción expresada por el Chief Justice Roberts, al expresar en su Voto disidente que

“la verdad es que la decisión de hoy se apoya en nada más que las propias convicciones de la mayoría, de que a las parejas del mismo sexo debe permitírseles casarse porque ellos así lo quieren, y que “negarles ese derecho sería ridiculizar su elección y disminuir su personalidad.””

VII. CRÍTICAS DE LOS PROPIOS JUECES AL ACTIVISMO JUDICIAL EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los jueces que formaron la mayoría, en todo caso, estaban conscientes del significado de la sentencia que estaban dictando y de su incidencia sobre los principios del control de constitucionalidad de las leyes. Por ello, luego de decidir el fondo, argumentaron que “Por supuesto, la Constitución establece que la democracia es el proceso apropiado para los cambios, pero siempre que ese proceso no reduzca los derechos fundamentales,” agregando que a finales del pasado Período, la pluralidad de esta Corte reafirmó la importancia del principio democrático en *Schuette v. BAMN*, 572 U. S. ____ (2014) (*sic*), destacando que “el derecho de los ciudadanos a debatir, de manera que puedan aprender y decidir, y entonces, a través del proceso político, actuar en concierto y tratar de configurar el curso de su propio tiempo.” *Id.*, at ____ – ____ (*sic*) (*slip op.*, at 15-16).

Y en efecto, es lo más frecuente que sea a través de la democracia que la libertad sea preservada y protegida en nuestras vidas. Pero como *Schuette* también dijo: “la libertad asegurada por la Constitución consiste, en una de sus dimensiones esenciales, en el derecho del individuo a no ser lesionado por el ejercicio ilegal del poder gubernamental.” *Id.*, at ____ (*sic*) (*slip op.*, at 15). En consecuencia, cuando los derechos de las personas son violados “la Constitución requiere reparación por las Cortes,” a pesar del valor más general del proceso decisorio democrático. *Id.*, at ____ (*sic*) (*slip op.*, at 17). Esto es verdad incluso cuando la protección

de derechos individuales afecte temas que sean de la mayor importancia y sensibilidad.” Y todo eso dicho para concluir que:

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que las necesidades individuales no esperan la acción legislativa antes de afirmar un derecho fundamental. Las cortes de la nación están abiertas para los individuos agraviados que vienen directamente ante ellas a reclamar su propia parte personal en nuestra carta básica. Un individuo puede invocar un derecho para su protección constitucional cuando él o ella ha sido lesionado, incluso si el público en general no está de acuerdo e incluso si el legislador se niega a actuar.”

Sin embargo, como lo destacó el Chief Justice Roberts en su Voto disidente, al constatar, que el matrimonio de parejas del mismo sexo había tenido aceptación en once Estados y el Distrito de Columbia, donde se habían aprobado leyes para permitirlo, que ello no correspondía ser hecho por la Corte, porque:

“esta Corte no es una legislatura. Sea que el matrimonio del mismo sexo sea una buena idea ello debería estar fuera de nuestra preocupación. Bajo la Constitución, los jueces tienen el poder de decir que es la ley, no qué es lo que debe ser. El pueblo que ratificó la Constitución no autorizó a las cortes a ejercer ni la fuerza ni la voluntad sino solo juicio.” *The Federalist* N° 78, p. 465 (C. Rossiter ed. 1961) (A. Hamilton) (capitalization altered).

Y de allí, el Chief Justice Roberts en su Voto disidente concluyó, afirmando que no tenía otra opción que disentir, y que:

“para quienes creen en el gobierno de las leyes, no de los hombres, la aproximación mayoritaria es hondamente desmoralizadora. Quienes apoyan el matrimonio del mismo sexo han obtenido un éxito considerable persuadiendo a sus conciudadanos -a través del proceso democrático- que acogiera sus puntos de vista. Ello terminó hoy. Cinco abogados cerraron el debate y sancionaron su propia visión del matrimonio como materia de derecho constitucional” Robándole este tema al pueblo, producirá para muchos una nube sobre el matrimonio del mismo sexo, provocando un dramático cambio social mucho más difícil de aceptar.”

“La decisión de la mayoría es un acto de voluntad, no de juicio legal. El derecho que anuncia no tiene base en la Constitución ni en los precedentes de esta Corte. La mayoría expresamente renuncia a la “cautela” judicial y omite incluso una pretendida humildad, basándose abiertamente en el deseo de rehacer la sociedad de acuerdo con su propia percepción en la “naturalidad de la injusticia.” [...] Como resultado, la Corte invalida las leyes matrimoniales de más de la mitad de los Estados y ordena la transformación de una institución social que ha formado la base de la sociedad humana por milenios, desde los Kalahari *Bushmen* y el *Han Chino*, los Cartagineses y los Aztecas. ¿Quién creemos nosotros que somos? Puede ser tentador para los Jueces confundir nuestras propias preferencias con los requerimientos de la ley. Pero como esta Corte ha sido recordada a través de la historia, la Constitución “es hecha para personas de visiones fundamentalmente diferentes.” *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting). En consecuencia, “no le concierne a las cortes las percepciones o las políticas de la legislación.” *Id.*, at 69 (Harlan, J., dissenting). La mayoría de hoy desprecia esta concepción controlada del rol judicial. Y toma para sí una cuestión que la Constitución deja al pueblo, en un momento cuando el pueblo está comprometido en vibrantes debates en tal cuestión. Y responde a tal cuestión basado no en principios neutrales de derecho constitucional, sino en su propio “apreciación de que es la libertad y qué debe ser.”

Por lo anterior, el Juez Scalia concluyó en su Voto disidente, suscrito también por el Juez Thomas, diciendo que “Un sistema de gobierno que hace del Pueblo un subordinado de un comité de nueve abogados no merece llamarse como una democracia;” y el Chief Justice Roberts, en su Voto disidente precisó que “Si yo fuera un legislador, yo podría ciertamente considerar esa visión como una materia de política social. Pero como juez, y como materia de derecho constitucional, encuentro insostenible la posición de la mayoría.”

Por eso precisó que su Voto disidente no se refería si a su juicio la institución del matrimonio debía ser cambiada e incluir a las parejas del mismo sexo, sino en realidad, era sobre “nuestra república democrática,” y sobre sí “la decisión debe quedar en manos del pueblo actuando a través de sus representantes electos, o en manos de cinco abogados que tienen el encargo que los autoriza a resolver disputas legales de acuerdo con la ley,” concluyendo que “la Constitución no deja dudas sobre la respuesta.” Por ello, concluyó su Voto disidente, expresándoles a todos los que celebren la sentencia, que lo hagan por todo lo que ella implica en cuanto a lo logrado, a la oportunidad por nuevas expresiones de compromiso con una pareja, y a la disponibilidad de nuevos beneficios, “pero no celebren la Constitución” pues “No tiene nada que hacer con ello.”

APRECIACIÓN FINAL

El tema decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, al declarar el derecho constitucional de las parejas del mismo sexo a casarse como derecho fundamental, en todo caso, se resolvió con base en los principios de libertad y de igualdad ante la Ley expresados en la Enmienda Catorce; y quizás le faltó a la Corte recurrir también a la cláusula abierta de los derechos contenida en la Enmienda Novena de la Constitución. Con la decisión adoptada, en consecuencia, se equiparó en cuanto a su régimen legal, a las uniones de parejas del mismo sexo con el matrimonio entre un hombre y una mujer, garantizando igualdad en cuanto al tratamiento y beneficios gubernamentales que pudieran tener. Eso en definitiva fue lo que demandaron los peticionarios, como lo resumió la Corte, en el sentido de:

“encontrar esa libertad en casarse con alguien de su mismo sexo y tener su matrimonio considerado como legal en los mismos términos y condiciones como el matrimonio entre personas de sexo opuesto.”

Ello también podía haberse resuelto, en el sentido de la equiparación en cuanto a los términos y condiciones, sin necesidad de cambiar la definición de “matrimonio.” Como por ejemplo lo resolvió el texto mismo de la Constitución de Venezuela respecto del matrimonio y de las uniones estables, cuando luego de regular el “matrimonio entre hombre y mujer,” agregó que “las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer [...] producirán los mismos efectos que el matrimonio” (art. 77). Para ello no había que llamar “matrimonio” lo que no era, pero la igualdad en el tratamiento de los derechos sí se estableció. Lo mismo quizás debió haber ocurrido en materia de uniones de personas del mismo sexo. Con base en la cláusula de igual tratamiento bajo la ley, y de libertad entendida como el libre desenvolvimiento de la personalidad, se pudo haber extendido a las parejas del mismo sexo todos los beneficios legales y regulaciones gubernamentales relativos al matrimonio entre personas de sexo opuesto, sin necesidad de considerarlas ni calificarlas como “matrimonio,” cambiando una institución ciertamente milenaria.

La igualdad de tratamiento legal entre el matrimonio entre hombre y mujer y el matrimonio entre parejas del mismo sexo también se estableció por ejemplo en España, mediante la Ley 13/2005 de 1 de julio de 2005 que reformó el artículo 44 del Código Civil, mediante el agregado, luego de la previsión del mismo que establece que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código,” de un párrafo que dispone que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

La equiparación en todo caso es básica, sobre todo, porque a pesar de que se hable de “matrimonio” y con ello se busque abarcar bajo una misma denominación legal tanto al matrimonio entre un hombre y una mujer como a la unión de parejas del mismo sexo, sigue habiendo una diferencia sustancial e imposible de superar, y es que precisamente, en el pri-

mer caso, se trata de una relación entre un hombre y una mujer, quienes entre ellas pueden procrear; y en el segundo caso, es una relación entre personas del mismo sexo, quienes entre ellas no pueden procrear. Precisamente porque esta diferencia que deriva de la naturaleza de las cosas no puede dejar de existir, ni siquiera en caso de inseminación artificial y menos de transexualidad, la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia que hemos comentado no utilizó en sus razonamientos, ni una sola vez, la palabra “discriminación.”

Sobre el tema central de la posibilidad de procrear, sin embargo, lo único que dijo la Corte es que ello es sólo uno de los muchos aspectos del derecho constitucional a casarse, reconociendo por supuesto que las parejas de un hombre y una mujer que no pueden o no quieren procrear hijos, no podrían estar excluidas del derecho al matrimonio, ni las leyes de los Estados podrían condicionar el matrimonio de un hombre y de una mujer a la capacidad de procreación.

Pero el tema de la posibilidad y necesidad de procreación es importante destacarlo, porque ello es precisamente lo que distingue las características de la discusión pública sobre el tema del matrimonio de personas del mismo sexo en los Estados Unidos, de otros casos de restricción de derechos que sí entran en el marco de la discriminación, aunque se quiera poner todo en una misma cesta,¹³ y que durante decenas de años han dominado la discusión pública en los Estados Unidos. Ha sido el caso, por ejemplo, de temas que han sido resueltos por la Corte Suprema, como por ejemplo sobre la discriminación racial, la discriminación de los homosexuales o la discriminación de las mujeres, y que en la cultura norteamericana ha contribuido a superar otras discriminaciones culturales, como la que excluía la aspiración de católicos, afroamericanos o mujeres a ser electos como Presidente de los Estados Unidos, lo cual por los hechos ya se encuentra superado.

Por eso, el tema constitucional *decidendum* en la sentencia de la Corte Suprema aceptando el derecho a casarse en matrimonio a parejas del mismo sexo no fue el de discriminación, porque ninguna de las leyes de los Estados declaradas inválidas en realidad discriminaba, por exclusión, la unión de personas del mismo sexo; simplemente no las regulaba porque se consideraba, en el concepto histórico y universal, que el matrimonio es sólo posible entre un hombre y una mujer. La sentencia, por ello, para decidir y satisfacer la demanda de los peticionarios, de “encontrar esa libertad en casarse con alguien de su mismo sexo y tener un matrimonio considerado como legal en los mismos términos y condiciones como el matrimonio entre personas de sexo opuesto,” se basó en los principios de libertad e igual trato ante la ley.

Para ello, por supuesto, la Corte Suprema le dio al concepto de “libertad,” la concepción amplia que hoy tiene en el mundo contemporáneo, como derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal como se deduce de la sentencia, al expresar que negarles a las parejas del mismo sexo que busquen en el matrimonio el mismo tratamiento legal que las parejas de sexos opuestos, significa “disminuir su personalidad.”

De nuevo, quizás en Constituciones redactadas en tiempos más modernos, el Juez Constitucional hubiese tenido una tarea más fácil para encontrar en el concepto de “libertad” la idea del derecho al “libre desenvolvimiento de la personalidad,” como es el caso de la Constitución de Venezuela, en la cual desde 1961 se incorporó una norma con la cual se abre la declaración de derechos, que expresa: que “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social” (art. 43 Constitución 1961; artículo 20 Constitución 1999).

¹³ Véase por ejemplo el reportaje de David Leonhardt y Alicia Parlapiano, “A March Toward Acceptance When Civil Rights Is the Topic,” *The New York Times*, New York, June 30, 2015, p. A#.

Con dicha norma, como se explicó la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, se sustituyó “el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba,” que es precisamente, el enunciado tradicional de “libertad.”

SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO.

**Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia,
Sentencia de 13 de mayo de 2015,**

**Caso: Caracol Televisión S.A. Y RCN Televisión S.A. vs.
Autoridad Nacional de Televisión - ANTV**

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Consejero Ponente: Profesor

El Consejo de Estado de Colombia, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, bajo la Ponencia del Consejero Profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con fecha 13 de mayo de 2015, dictó una sentencia cautelar en el Caso: Caracol Televisión S.A. Y RCN Televisión S.A. vs. Autoridad Nacional De Televisión - ANTV, con motivo de la acción de nulidad de los artículos 1º, 7º y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la ANTV en la cual se regula el “procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida,” suspendiendo los efectos del Parágrafo único del artículo 13 de dicha Resolución que dispone que:

“PARÁGRAFO. Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones.”

El recurrente consideró en su escrito que el acto administrativo de asignación de frecuencias regulado en el artículo 11 de la Resolución para permitir la radiodifusión de la señal de TV, es decir, para ejercer la libertad de información dispuesta en el artículo 20 de la Constitución, debía tenerse como título suficiente para ello, siendo la previsión del artículo 13 de la Resolución que “somete al capricho de la ANTV el ejercicio de la libertad de información sin siquiera establecer un plazo o condición para el efecto,” contraria al artículo 29 de la Ley 182 de 1992 que “faculta al concesionario a utilizar las frecuencias, sin permisos o autorizaciones previas.”

La sentencia del Consejo de Estado tuvo por objeto decidir el problema jurídico de si en sede cautelar resultaba procedente suspender los efectos del mencionado “parágrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV en cuanto que el mismo es aparentemente contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, a los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20 de la Constitución Política y 29 de la Ley 182 de 1995.”

Para resolver lo pertinente el Consejo de Estado procedió en su sentencia a precisar el alcance, entre otros de los siguientes conceptos que consideró eran la ratio decidendi para sustentar su decisión: (1) control de convencionalidad, al cual se acude por parte del demandante al citar el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (2) el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión en el marco jurídico convencional y constitucional, (3) el espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de información. Intervención del Estado a través de la Ley, (4) La intervención del

Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas (Alcance del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 conforme al artículo 333 de la Constitución).

Por su importancia doctrinal, la Dirección de la Revista considera de interés transcribir a continuación los aspectos fundamentales del fallo en los cuales se analizan las consideraciones generales sobre los conceptos mencionados:

[...]

8.- Control de convencionalidad.

8.1.- El control de convencionalidad¹ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”²

8.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*,”³ lo cierto es que desde antes del 2002,⁴ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

8.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,⁵ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

¹ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. En: BREWER-CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1^{ra}ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 175-181

² “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁴ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *Tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Esta-

8.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma⁶ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”⁷

8.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁸

8.6.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

do, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

⁶ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁸ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁹

8.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales -y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

8.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,¹⁰ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, como quiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

8.9.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

8.10.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “*Administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>]; consultado 9 de febrero de 2014].

¹⁰ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”¹¹

8.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999¹²; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*¹³

8.12.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

8.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos¹⁴.

¹¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009, p.1207.

¹² Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, PUF, Paris, 2006, p.191-2.

¹³ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 42.

¹⁴ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de di-

9.- Contenido y alcance del Derecho a la libertad de expresión.

9.1.- Desde el marco convencional universal¹⁵ y regional¹⁶ se reconoce a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como derecho humano. En este mismo sentido la Constitución Política instituye, en el artículo 20¹⁷, el derecho fundamental de toda persona a expresar y difundir su pensamiento, opiniones, informar y recibir información.

ciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924), sentencia de 6 de mayo de 2015 (exp. 31326). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014, entre otras providencias.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión idioma u origen nacional.

¹⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

9.2.- El peso jurídico que adquiere la libertad de expresión, opinión e información¹⁸ en el sistema jurídico colombiano se debe a su rol preponderante en la construcción, conservación y ampliación del principio democrático¹⁹, entendido en términos sustantivos y deliberativos²⁰; es decir, comprendido como un marco ideal que se ampara en la superioridad epistemológica que supone la discusión colectiva y la adopción de las decisiones en democracia²¹⁻²², cuya satisfacción no se agota en una fase eminentemente “decisionista o electoral”²³ sino

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

¹⁸ “El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20 de la Constitución Nacional, sino que comprende, y en esto debe el juez contencioso administrativo operar en virtud del control de convencionalidad, también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que fue incorporada al derecho colombiano por la ley 16 de 1972), tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una investigación, una información en términos generales, (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación -en todas sus formas- todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 25506.

¹⁹ “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

²⁰ En términos de Cohen la democracia deliberativa “tiene su raíz en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre.” COHEN, Joshua. “Deliberación y legitimidad democrática”. En: *Revista Cuaderno Gris*. Época III. N° 9. 2007, Universidad Autónoma de Madrid, p. 127-145, especialmente 131. Sobre el concepto de democracia deliberativa la Corte Constitucional ha sostenido que ésta no solo tiene en cuenta “el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva.” Corte Constitucional, sentencia C-105/2013.

²¹ “Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. Racionalización significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder.” HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 3° edición, Trotta, Madrid 2001, p. 376.

²² “Un proceso realmente democrático es por sí solo ineludiblemente un proceso constituido y legalmente condicionado. Está constituido, por ejemplo, por leyes sobre la representación política y las elecciones, las asociaciones civiles, la familia, la libertad de expresión, la propiedad, el acceso a los medios de comunicación, etc. E este modo, en orden a conferir legitimidad a un conjunto de leyes emitidas por un conjunto actual de instituciones discursivas y prácticas en un país, esas instituciones y prácticas mismas deben estar constituidas legalmente de forma correcta. Las leyes que se refieren a las elecciones, la representación, las asociaciones, las familias, las opiniones, la propiedad, etc., deberían existir de tal modo que constituyesen un proceso democrático de comunicación política más o menos “justo” o “no distorsionado”, no sólo en los campos formales de la legislación y la judicatura, sino en la sociedad civil en su totalidad”. HABERMAS, Jürgen. “El Es-

que persigue la pretensión de estar rodeado de las garantías necesarias²⁴ (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural²⁵ y diversa frente al ejercicio del poder político²⁶.

9.3.- Por consiguiente, si tal libertad supone el derecho a la difusión de lo que se piensa, ocurrió u ocurrirá, es claro que lo que se privilegia es el libre flujo, formación y discusión de diversas ideas de toda índole y si se reconoce que el debate democrático, para que sea tal, está fundado esencialmente sobre la discusión pública, plural, colectiva y razonada, fácil es ver cómo la libertad de expresión se constituye, junto a otros derechos y garantías, en piedra angular del Estado Social y Democrático de Derecho.

9.4.- Ahora bien, en cuanto a los elementos integradores del derecho a la libertad de expresión se reitera en esta oportunidad el recién pronunciamiento de la Sala de Subsección C de esta Corporación donde, a partir de una estricta lectura convencional y constitucional, se perfiló la existencia de los derechos de la libertad de opinión y de expresión²⁷.

tado Democrático de Derecho ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?” En: *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 2, 2001, p. 447.

²³ “Además, en armonía con el propósito acabado de enunciar, la Constitución amplió el espectro de los derechos políticos, pues ya no se limitan a la simple previsión de la garantía de elegir y ser elegido, sino que incluyen un amplio conjunto de mecanismos de intervención popular que, en los términos del artículo 40 superior, buscan asegurar el derecho ciudadano a “*a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”. Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

²⁴ Al respecto Ferrajoli describe el impacto del constitucionalismo en la democracia en los siguientes términos: “La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de las democracias es, en efecto, que conforme a él incluso el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. (...) Para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede -o al menos puede no-sobrevivir...” FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II. *Teoría de la Democracia*. Trotta, Madrid, 2011, p. 10-11.

²⁵ “El Estado democrático pluralista niega que la política se mueva en una incesante dialéctica amigo enemigo, de tal suerte que quien no comparta una determinada estrategia política, económica o de seguridad definida por los órganos políticos pueda ser calificado como un enemigo de la Nación que debe ser perseguido.” Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002. (Resaltado propio).

²⁶ Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* ha resaltado la importancia de las “voces de oposición” para el verdadero debate democrático: “173. (...) es de resaltar que las **voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo** a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) (Resaltado propio).

²⁷ “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad

9.5.- Así, en dicha oportunidad se sostuvo:

3.3.1. Se trata, en primer lugar, de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean estas, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho este que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor.²⁸

Resulta claro entonces que la efectividad de este derecho exige que no se criminalice, en principio, a una persona por la emisión de sus opiniones así como que tampoco se establezcan esquemas de responsabilidad civil que resulten desproporcionadas²⁹ y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos³⁰ o asuntos de interés general (como por ejemplo el manejo del Estado), se ha reconocido la existencia de un mayor umbral de protección del derecho a la libertad de opinión frente a los derechos al buen nombre, a la intimidad o a la honra.³¹

que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.” Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998.

²⁸ Conforme al criterio de la Corte Interamericana expuesto, entre otras, en la sentencia dictada el 5 de febrero de 2001 en el Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, en los siguientes términos: “65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que **comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.**” (Resaltado propio).

²⁹ “[E]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, sentencia de 29 de mayo de 2011.

³⁰ “[E]n el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004. Véase también, entre otras, la sentencia de 22 de noviembre de 2005 del caso *Palamara Iribarne c. Chile* del mismo Tribunal.

³¹ “Para los medios masivos de comunicación, la trascendencia y potencialidad de sus efectos obligan un ejercicio cuidadoso de la facultad de informar, serio, responsable y con **observancia de tres principios esenciales; de lo contrario podría incurrirse en una intromisión ilegítima de los derechos a la intimidad y al honor de quien se difunde una información o se emite una apreciación. Ellos son: a) el de relevancia pública, b) el de veracidad y c) el de imparcialidad.** Una vez superadas estas limitaciones, la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión. (...)

3.3.2. Se trata, en segundo lugar, del derecho a la libertad de información que, en tanto derecho de doble vía, permite describir la existencia de dos posiciones jurídicas en su interior:

i) Una posición en donde *el informador* tiene derecho a comunicar un hecho o acontecimiento a un grupo determinado o indeterminado de *receptores*, derecho que a su vez implica la prohibición de la censura previa, el derecho a fundar medios de comunicación,³² derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.³³⁻³⁴

ii) Otra posición jurídica en donde el *asociado-receptor* tiene derecho a recibir la información, lo que a su turno implica el derecho al pluralismo informativo³⁵ -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos³⁶-, así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz³⁷ e imparcial.³⁸

Sin embargo, el principio de *relevancia pública* se refiere a la necesidad de una información que se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a tratar. En este sentido, **dos aspectos cobran vigencia: la calidad de la persona y el contenido de la información.**” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia SU-1723/2000.

³² Sobre la importancia de fundar medios para una sociedad democrática la Corte Constitucional ha sostenido que “*la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes.*” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia C-010/2000.

³³ Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable (*sic*) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

³⁴ Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 34 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre este tópico a dicho el Comité que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, adoptada entre el 11 y el 29 de julio de 2011 N° CCPR/C/GC/34, p. 9.

³⁵ “El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel c. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

³⁶ “El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos, por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concen-

Como derecho de libertad, también resulta claro que el derecho a recibir información lleva implícita, en su manifestación positiva, la posibilidad de que el *asociado-receptor* escoja la fuente de su información, así como, por su manifestación negativa, que el *asociado-receptor* decida no recibir una determinada información o, con otras palabras, que existe un “derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver,”³⁹ todo ligado estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar.

3.3.3.- La diferencia fundamental entre el derecho a la libertad de opinión y el de información estriba, esencialmente, en que en el primero lo que se protege es la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en el segundo se trata (aunque no de manera exclusiva⁴⁰) de la protección a informar sobre sucesos o hechos ocurridos, o por ocurrir, en un momento determinado, es por ello que se ha dicho que éste último está sujeto a un control jurídico en tanto que quien emite la información (*v.gr.* el comunicador o el medio de comunicación) tiene la carga de la veracidad de lo comunicado (prohibición de falsedad) así como su imparcialidad (libre de sesgos que tergiversen el hecho), amén de ajustarse a la plenitud (ser completa) y a la oportunidad.⁴¹

9.6.- Para el problema jurídico que es objeto del presente pronunciamiento, conviene señalar que los medios de comunicación, en tanto empresas destinadas a la difusión de conte-

tración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones.” Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34 *ibíd.*, p. 9.

³⁷ La veracidad corresponde, en estricto sentido, a la existencia o no de las circunstancias fácticas que constituyen la base de una información. En este sentido, está prohibido, en virtud de este deber, la difusión de informaciones que sean falsas o inexactas. Por tanto, no están cubiertas dentro de la exigencia de veracidad las opiniones. En suma, en la base de este criterio está la diferencia entre los hechos y las opiniones. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expuesto: “La peculiar presentación de la información -mezcla de hechos y opiniones- entraña inexactitud si al público en general no le es posible distinguir entre lo realmente sucedido y las valoraciones o reacciones emocionales que los hechos acaecidos suscitan en el intérprete y comunicador de la información. **Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero.**” (Resaltado propio) Corte Constitucional, sentencia T-080 de 1993.

³⁸ La imparcialidad comprende el deber de considerar y ponderar las diversas posturas al momento del análisis informativo o de la emisión de opiniones. Comoquiera que la Corte Interamericana ha dejado en claro que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas.” [sentencia de 20 de noviembre de 2009, caso *Usón Ramírez c. Venezuela*, entre otras], lo que se impone a los medios de comunicación es actuar con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de la información” [sentencia de 2 de mayo de 2008, caso *Kimel c. Argentina*]; mientras que la Corte Constitucional ha precisado que “el constituyente (...) optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente” [Corte Constitucional, sentencia T-080/1993].

³⁹ Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

⁴⁰ En todo caso, se impone el deber a los medios de precisar en qué momento se está emitiendo una información y cuándo se trata de opiniones o análisis. “En el caso de opiniones, se exige que sean diferenciadas de los hechos” Corte Constitucional, sentencia T-263 de 2010.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

nidos escritos, radiales, visuales o digitales gozan del derecho a la libertad de expresión, opinión e información y, a fin de cumplir con su objetivo, se encuentran amparados por el derecho convencional y constitucional de la libre divulgación de información. Uno de tales derechos es el que tiene el medio de comunicación a hacer uso o acceder al soporte físico, lógico, técnico o digital necesario para la difusión de sus opiniones o información.

9.7.- Sobre este punto vale detenerse en lo preceptuado en el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos donde se dispone que la libertad de expresión no puede restringirse por vías o medios indirectos, esto es, aquellos que *prima facie* no parecerían suponer obstáculo para el ejercicio de este derecho.

Seguidamente el artículo enlista, a título enunciativo, medidas tales como “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

9.8.- En este orden de ideas, supondría una contradicción en sus propios términos reconocer el derecho a la libertad de expresión pero afirmar que se priva a los sujetos activos de los mecanismos o soportes físicos, lógicos, técnicos o digitales para la recepción, emisión y difusión de lo que se desea comunicar o compartir a la audiencia receptora. Sería tanto como un derecho carente de contenido y, por tanto, que no protege a quien funge como comunicador. Como lo precisó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *La Última Tentación de Cristo c. Chile* “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios (...) la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”⁴².

9.9.- A este respecto vale traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 1993 cuando recordó que “La potestad estatal de intervenir en materia del uso del espectro electromagnético no es ilimitada. El legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales (CP art. 93) que garantizan los derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información”. Dicho con otras palabras, el régimen de regulación del espectro electromagnético, al tener una estrecha relación con la libertad de expresión, deviene en convencional.

9.10.- Corolario de lo dicho, fluye que conforme a los parámetros de protección del derecho a la libertad de expresión las restricciones de carácter legal (nunca administrativas) para acceder o usar los soportes que sirven de vehículo de comunicación deben satisfacer la prueba de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática⁴³.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

⁴³ “3.3.4.- Por otra parte, también es necesario señalar que los derechos que se desprenden de la libertad de expresión (opinión e información) no se presentan en el ordenamiento como absolutos (sin perjuicio de su alto valor jurídico en las sociedades democráticas), por lo tanto, éste, como otros, está sujeto a la posibilidad de restricciones para su ejercicio, pues tanto el ordenamiento constitucional colombiano como el marco normativo internacional de Derechos Humanos son claros en precisar que la libertad de expresión comporta una responsabilidad social, ulterior y especial, admitiendo como restricciones posibles a su ejercicio aquellas consistentes en i) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, ii) la protección a la seguridad nacional, el orden públi-

10.- El espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información.

10.1.- La Corte Constitucional ha definido al espectro electromagnético como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales”⁴⁴. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

10.2.- Por tal razón es que algunos medios de comunicación necesariamente requieren servirse del espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de su información, razón por la cual conviene verificar los criterios convencionales y constitucionales relacionados con la competencia de intervención del Estado en dicho bien público a través de la Ley.

10.3.- Así, se verifica que el artículo 75 de la Constitución Política establece que “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que **fije la ley**. // Para garantizar el pluralismo y la competencia, el Estado interviendrá por **mandato de la ley** para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Resaltado propio). Sobre ello, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, ha considerado que el acceso al espectro electromagnético “debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización.”⁴⁵

co, la salud y la moral pública, todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta que supone verificar la idoneidad de la medida (si se protege un bien o interés jurídico válido a la luz del ordenamiento jurídico), si esta deviene en necesaria (es decir, que sea la medida menos lesiva posible para satisfacer la protección al bien jurídico tutelado) y, por último, si la misma resulta proporcional, donde se verifica si las razones jurídicas justifican imponer la satisfacción de otro derecho en perjuicio de la libertad de expresión.

3.3.5.- Sin embargo, la jurisprudencia sobre la materia ha prestado detenida atención al criterio de necesidad, pues se ha dicho que las medidas restrictivas sólo superarán el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfagan un criterio estricto de necesidad, entendido éste como “*necesidad social imperiosa*” en el marco de una sociedad democrática.

3.3.6.- Existe, entonces, la obligación jurídica de demostrar que la medida de restricción (y no otra menos lesiva) es la única que se presenta como admisible para la protección-realización de ese fin legítimo, de lo contrario, la medida enjuiciada (cualquiera que sea su naturaleza) será desproporcionada respecto del derecho a la libertad de expresión.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-081 de 1993.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.

Y ello encuentra plena justificación por cuanto en el marco jurídico de la libertad de expresión se impone al Estado el deber de promover el pluralismo informativo y la no concentración o monopolización de los medios de comunicación⁴⁶⁻⁴⁷, en aras de garantizar la diversidad y el equilibrio informativo y expresivo, todo dentro del marco establecido por el legislador y no por la administración unilateralmente.

10.4.- Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las finalidades de la intervención del Estado, a través de la Ley, en el espectro electromagnético hacen relación con la preservación de la finalidad social de los medios de comunicación audiovisuales, el uso técnicamente adecuado del espectro, la igualdad de oportunidades en su acceso y evitar la conformación de monopolios⁴⁸.

10.5.- En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 34 precisó que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión (...). Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios”⁴⁹; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en que “los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia”⁵⁰, criterio éste que se ajusta a la jurisprudencia.

⁴⁶ “Según esta Corporación, el inciso 2 del citado artículo 75 de la Constitución establece expresamente que en el acceso al uso de dicho bien público se garantizará el pluralismo informativo y la competencia mediante la intervención del Estado en aras de evitar las prácticas monopolísticas.” *Ibid.*

⁴⁷ “1ª Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Art. 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo.

2ª El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.

3ª El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley.” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 5 de mayo de 1998, exp. S-719.

⁴⁸ “De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones.” Corte Constitucional, sentencia T-151 de 2004.

⁴⁹ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 34. Artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general el 12 de septiembre de 2011, p. 9.

⁵⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la libertad de expresión. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. 2010, p. 20.

dencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al elemento de necesidad estricta en el marco una sociedad democrática.

10.6.- En este orden de ideas, tiene claro el Despacho que la administración del espectro electromagnético por parte del Estado, en tanto bien público, impone la aplicación de criterios estrictamente necesarios, claros, objetivos y expresamente establecidos en la ley de modo tal que se garantice, de manera real, la posibilidad a los interesados de acceder a su uso o concesión en ejercicio de su derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

10.7.- Por consiguiente, se opone a la libertad de expresión las exigencias adicionales en materia de acceso al espectro electromagnético que no encuentran soporte en la Ley o, inclusive, aquellas que aún estando allí consagradas no consulten los criterios de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad.

Dicho con otras palabras, se trata de una competencia que ineludiblemente debe ser acompañada con parámetros convencionales y constitucionales en materia de libertad de expresión⁵¹.

10.8.- Así, se reitera que todo tipo de requisitos fijados en la Ley para el acceso al uso del espectro electromagnético, bien sea económicos o técnicos, debe ajustarse necesariamente a la razonabilidad que se deriva de la libertad de expresión. Cualquier actuación al margen de dichos parámetros constituirá una restricción indirecta a dicho derecho y, por tanto, una grave y protuberante violación a los principios convencionales y constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.

10.9.- Como corolario de lo anterior, es de la esencial del ordenamiento constitucional y convencional que las restricciones para el acceso y uso del espectro electromagnético no puede darse por vía administrativa, sino por vía de ley a través del órgano representativo de la voluntad popular en cuanto que están de por medio derechos constitucionales y convencionales, nada menos que la libertad de expresión y el acceso y la difusión de información.

11.- La intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas. (Alcance del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 conforme al artículo 333 de la Constitución).

11.1.- Por cuanto los actores refirieron en la demanda y en el escrito de solicitud de suspensión provisional de efectos que el párrafo pluricitado viola el artículo 29 de la Ley 189 de 1995, debe el Despacho, a fin de comprender cabalmente su alcance, referirse al artículo 333 constitucional como norma que le sirve de fundamento jurídico.

⁵¹ Al respecto la Comisión Interamericana en Comunicado N° 29/07 de 25 de mayo de 2007 señaló: “La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos. Tal potestad, sin embargo, debe ser ejercida tomando en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que incluyen garantizar el derecho a expresar ideas y pensamientos de toda índole por una diversidad de medios de comunicación sin que se adopten restricciones directas o indirectas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tal como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana. Por las razones anteriores, la CIDH considera que en los concursos o en la adjudicación directa de licencias de uso del espectro radioeléctrico los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación.”

11.2.- Así, se tiene que el Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc., de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333⁵² y 334⁵³ de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

“La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.”⁵⁴

11.3.- En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, supone, para los particulares, la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como

⁵² Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁵³ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado⁵⁵, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

11.4.- Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada⁵⁶, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. **Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.**” (Resaltado propio).

11.5.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad⁵⁷, entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁵⁸, mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia⁵⁹,

⁵⁵ Puntualmente sobre esta cuestión la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “No obstante, en los términos del artículo 333, **las libertades económicas no son absolutas**. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público**. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.”. Sentencia T-197 de 2012.

⁵⁶ Sobre la libertad de empresa anota Rodolfo Arango: “Ella está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscribiera o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida.”. ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, p. 166-167.

⁵⁷ Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de X”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 337.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992. No obstante, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 333 constitucional se desprenden dos clases de libertades, una consistente en la libertad de empresa (en donde a su vez se encuentra la libertad contractual y de iniciativa privada) mientras que por otro lado se encuentra la libertad de competencia (de donde se desprenden derechos a concurrir y hacerse parte en el mercado, la libertad de ofrecer sus productos y/o servicios y de contratar con cualquier consumidor. Véase en general: Sentencias C-524 de 1995, C-616 y C- 815 de 2001, C-389 de 2002, C-992 de 2006, C-197 de 2012, entre otras.

⁵⁹ “El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para

razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad):

“El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico⁶⁰.”

El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales⁶¹, debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora del la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla⁶².

(...)

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.⁶³

11.6.- Ahora bien, de manera concordante con lo que se viene diciendo vale señalar que los medios de comunicación, en tanto empresas constituidas con la finalidad de ejercer la libertad de expresión, encuentran un amparo convencional y constitucional a su labor. Dicho con otras palabras, la empresa dota de soporte material y económico el ejercicio de este dere-

tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.

⁶⁰ PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar” al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 25.

⁶¹ HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 37.

⁶² PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar” al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 28.

⁶³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.” Tesis Doctoral. Universidad Carlos III Madrid, España. Febrero de 2010, p. 311-313.

cho humano fundamental, de modo que cualquier ataque injustificado contra la libertad económica del medio de comunicación puede ser entendido como una medida restrictiva indirecta de la libertad de expresión, sobre todo en casos en los cuales quien limita es la administración sin sustento legal alguno.

11.7.- Sobre tal cuestión la Sala de Subsección C se pronunció recientemente destacando el alcance convencional de economía social de mercado y los medios de comunicación en cuanto empresa:

“La empresa, en cuanto instrumento vital de este modelo, le brinda sustento material y económico a estos derechos convencionales y constitucionales, razón suficiente para pregonar su papel de baluarte en el ejercicio cotidiano de estas libertades y por esto la necesidad de su garantía institucional y su limitación tan solo de manera excepcional, pues sólo así se garantizan los propósitos de la libre y leal competencia.

Las actividades económicas de las empresas de comunicación social, la titularidad de derechos materiales e inmateriales, son la piedra basilar de las libertades a que se refiere el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, cualquier afectación o limitación de ellas sólo puede hacerse de manera excepcional, proporcional y acorde con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cualquier decisión legal o administrativa que desconozca estos supuestos no solamente deviene en arbitraria e ilegal, sino que también debe ser objeto de inaplicación, tal como antes se expresó.

La afectación o limitación de los derechos materiales e inmateriales de los medios de comunicación por fuera de los marcos convencionales, desconoce lo pactado cuando se trata de un contrato de concesión visto a la luz de los artículos 13, relativo a la libertad de expresión y 21, sobre propiedad privada, de la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁶⁴ (Resaltado propio).

11.8.- En conclusión, la redacción del artículo 29 de la Ley 189 de 1995 no es más que un desarrollo del artículo 333 constitucional para el caso concreto de los concesionarios de televisión, donde se destaca que las únicas restricciones deben provenir de la Ley y no de autoridad administrativa.

12.- El contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos.

12.1.- Es a la luz de los anteriores parámetros convencionales y constitucionales alusivos a la libertad de expresión que este Despacho abordará la lectura del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV; sin embargo, para una comprensión integral de dicho apartado precisa esta judicatura de una revisión general de lo regulado en el acto administrativo en mención.

12.2.- Así, mediante la Resolución en cita se “adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida”. Para tal fin el artículo 2° establece los requisitos que deben cumplir los interesados en la asignación de las frecuencias radioeléctricas para el servicio de televisión (artículo 2°), los artículos 3°, 4°, 5° y 6° se encargan de establecer lo relacionado sobre el cumplimiento de requisitos adicionales y estudios técnicos que se deben adjuntar a la solicitud de asignación.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

12.3.- En cuanto al trámite, el artículo 8° dispone que, en primera medida, corresponde a la ANTV la evaluación de la solicitud donde se verificará que esta cumpla los requisitos establecidos en los artículos precedentes. De ser favorable esta valoración la ANTV remitirá a la Agencia Nacional del Espectro (artículo 9°) la solicitud para que “ésta realice el análisis de disponibilidad para la asignación de la frecuencia de conformidad con la planeación de frecuencias y lo previsto en el registro de Frecuencias, la viabilidad para la operación de la estación radioeléctrica y elabore y proponga a la ANTV el Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-”.

12.4.- Surtida la anterior etapa el Comité Evaluador de la ANTV analizará la información elaborada por la ANE y “presentará a la Junta Nacional de Televisión el informe de Evaluación de la Solicitud y la recomendación correspondiente”, debiendo la junta decidir dentro de los ocho (8) días siguientes a la presentación de tal informe (artículo 10) si emite acto administrativo de asignación de frecuencia (artículo 11).

Finalmente la ANTV comunicará la asignación de la frecuencia a la ANE “para que ésta actualice el Registro de Frecuencias de que trata el artículo 27 de la Ley 182 de 1995” (artículo 12).

12.5.- Seguidamente, en el artículo 13, la Resolución dispone que “expedido el acto administrativo de asignación de frecuencia, el concesionario deberá, con una antelación mínima de tres (3) meses al inicio de operaciones, presentar la información técnica complementaria de la estación de televisión establecida en los siguientes numerales, la cual tendrá que estar conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR- establecido en el acto administrativo de asignación de la frecuencia.”

12.6.- Dicho artículo dispone que la información allegada por el solicitando será remitida por la ANTV a la ANE para que revise su conformidad con el Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-, de ser ello así la ANE emitirá concepto de viabilidad para el inicio de operaciones y remitirá la actuación a la ANTV. “En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones”.

12.7.- Por el contrario, si la ANE requiere que la información técnica complementaria deba ser aclarada, requerirá al solicitante concediéndole un término de diez (10) días, prorrogable por una vez. En caso de avenirse a lo requerido la ANE emitirá pronunciamiento favorable. “En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones”.

12.8.- Si el solicitante no subsana su solicitud o ésta no se ajusta a lo requerido la ANE emitirá concepto de no viabilidad y remitirá lo actuado a la ANTV. Esta última entidad así lo informará al concesionario “y este no podrá iniciar operaciones, y quedará en la obligación de presentar la información técnica complementaria ajustada al CCTR dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del recibo de la comunicación.

En caso de no hacerlo dentro de dicho plazo o de presentar información que no cumpla con los requisitos previstos, la ANTV quedará facultada para recuperar la frecuencia o canal radioeléctrico asignado”.

12.9.- Finalmente el párrafo objeto de la solicitud de suspensión provisional establece:

“Párrafo: Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones”.

12.10.- En consecuencia, el párrafo reitera que el inicio de operaciones sólo puede tener lugar luego de la autorización que para tal efecto expida la ANTV. Con otras palabras, no

le basta al concesionario con obtener acto administrativo de asignación de frecuencias sino que la reglamentación comentada demanda que previo al inicio de actividades esté acreditado el cumplimiento de los requerimientos técnicos conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-, que es establecido por la ANE en cada caso.

12.11.- Finalmente, conviene precisar, para una mejor comprensión, los conceptos de atribución, adjudicación y asignación de frecuencias, a fin aclarar que el procedimiento de que trata la Resolución N° 759 de 2013 versa sobre la asignación de radiofrecuencias para el servicio de televisión radiodifundida, que no atribución o adjudicación.

12.12.- Así, por atribución de una banda de frecuencias se entiende la “inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencia, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada”⁶⁵.

12.13.- A su turno, se comprende por adjudicación de una frecuencia o canal radioeléctrico la “inscripción de un canal determinado de un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas”⁶⁶.

12.14.- Y, finalmente, se entiende por asignación de una frecuencia o de un canal radioeléctrico la “autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”⁶⁷.

12.15.- Conforme al marco legal vigente, la competencia para la atribución de frecuencias se encuentra en cabeza de la Agencia Nacional del Espectro - ANE mientras que la asignación de frecuencias en materia de servicio de televisión corresponde a la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV, tal como se desprende del artículo 15 de la Ley 1507 de 2012 que establece: “La intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE) de conformidad con lo determinado en la Ley 1341 de 2009. // En particular, la ANE ejercerá las funciones previstas en los artículos 24, 26, 5 y 27 y 6 de la Ley 182 de 1995. La ANTV será la encargada de asignar las frecuencias que previamente haya atribuido la Agencia Nacional del Espectro (ANE) para las operaciones del servicio de televisión”.

13.- Caso concreto - Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

13.1.- Tiene claro el Despacho que la lectura de este caso debe hacerse, necesariamente conforme al marco convencional y constitucional del derecho a la libertad de expresión y teniendo en consideración a los medios de comunicación en tanto empresas dedicadas profesionalmente a dicha actividad. Lo anterior, porque así lo solicitó el demandante al invocar los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995.

⁶⁵ AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO - ANE. Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias. 2014, p. 9. Información obtenida en <http://www.ane.gov.co/cnabf/images/documento/CNABF2014.pdf> [Consultado el 15 de mayo de 2015].

⁶⁶ *Ibid.*, p. 9

⁶⁷ *Ibid.*, p. 9.

13.2.- En efecto, se tuvo oportunidad de establecer que las restricciones a la libertad de expresión estarán justificadas siempre que satisfagan un análisis de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad y siempre que se encamine a proteger o garantizar alguno de los bienes jurídicos convencionales o constitucionales reconocidos, esto es, el respeto de los derechos y la reputación de los demás y la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

13.3.- Igualmente, reconociendo que el espectro electromagnético es un bien público de la Nación pero que constituye el vehículo para el ejercicio de la libertad de información y expresión de medios de comunicación tales como la radio y la televisión, los parámetros convencionales y constitucionales establecen la competencia del Estado para regular su acceso precisando que tal intervención deben dirigirse a velar por el uso técnicamente adecuado, garantizando el acceso en condiciones de igualdad de los potenciales usuarios, evitando el monopolio de su uso y teniendo en consideración la finalidad social de los medios de comunicación. Igualmente, debe tratarse de criterios de intervención objetivos claros y, sobre todo, establecidos en la Ley.

13.4.- Finalmente, se precisó que los medios de comunicación, en tanto empresas dedicadas a la libertad de expresión e información, encuentran su amparo convencional y constitucional en los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20, 333 y 334 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995 conforme a los cuales se consagra la libre iniciativa económica y la economía social de mercado vinculada al ámbito garantístico de la libertad de expresión e información, reconociendo que el Estado puede intervenir en los mismos siempre que cuente con competencias legales para el efecto, es decir, en los términos establecidos en la Ley, y no con sujeción a la arbitrariedad de la autoridad administrativa, sea en vía de reglamentación o en vía de regulación.

13.5.- Por consiguiente, entiende el Despacho que el análisis del caso involucra dos bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos como son la libertad de expresión y opinión así como la libre iniciativa económica.

Es a la luz de este preciso marco jurídico protector que se pasa a verificar si el contenido del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 denota contradicción con los contenidos del ordenamiento jurídico al cual se encuentran sujetos y, por tanto, demanda la suspensión provisional de sus efectos.

13.6.- Por tanto, téngase en cuenta que el artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 se encarga de regular un procedimiento administrativo posterior a la asignación de frecuencias que busca, puntualmente, verificar el cumplimiento de la información técnica complementaria de la estación de televisión conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR- como requisito previo para el inicio de operaciones de la frecuencia asignada. Es en ese marco procedimental que el párrafo de dicho artículo establece que: **“Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones”** (resaltado propio).

13.7.- Basta con una comprensión apenas inicial o *prima facie* para concluir que la norma respecto de la que se solicita la suspensión de efectos se opone abiertamente a los parámetros convencionales y constitucionales en materia de libertad de expresión y de libertad económica por las siguientes razones:

13.7.1.- Por cuanto se establece la exigencia de un permiso o autorización previa a los concesionarios para desarrollar sus actividades económicas sin competencia ni autorización legal de ninguna naturaleza, desconociendo los perentorios mandatos del artículo 333 consti-

tucional en concordancia con el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, siguiéndose de ello una perturbación al libre ejercicio de la actividad económica de quienes son concesionarios luego de que han cumplido con los requerimientos fijados por la Ley.

13.7.2.- Súmese a lo dicho que el párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 de la ANTV establece, en sí mismo, una restricción a la libertad de expresión y de iniciativa privada por cuanto impide el inicio de operaciones de la frecuencia asignada hasta tanto la ANTV informe la autorización para ello, por lo cual el Despacho reitera que, conforme a los parámetros convencionales del derecho a la libertad de expresión, las restricciones a su ejercicio son de exclusiva⁶⁸ reserva de Ley al tiempo que la Constitución Política fija perentoriamente en el artículo 84 que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permiso, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

13.7.3.- En este sentido, la *ratio* que fundamenta la decisión adoptada en esta providencia descansa, sustancialmente, en el peso de la libertad de expresión y la libre iniciativa privada como bienes jurídicos que dotan de sentido la organización política en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En virtud de tal peso se reconoce que su regulación jurídica está cobijada por una reserva de Ley la cual en el presente asunto fue desconocida, pues en el *sub judice* la restricción a las libertades ocurrió por vía de una norma de carácter administrativo proferida por autoridades administrativas sin soporte legal alguno conocido o deducible de una interpretación sistemática del régimen jurídico de la televisión.

13.7.4.- Obsérvese cómo por el contrario a lo dispuesto en la norma demandada el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, que obtiene su sustento en el artículo 333 constitucional, establece que “(...) otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas”, al tiempo que la Ley 1507 de 2012 establece diversas competencias a la ANTV, en tanto órgano encargado de “brindar herramientas para el ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión” (artículo 1° Ley 1507 de 2012), pero ninguna de ellas relacionadas con la facultad para crear procedimientos, permisos o requerimientos administrativos sobre la asignación de frecuencias para el servicio de televisión radiodifundida, igualmente ninguna otra norma de las aplicables al régimen jurídico de la televisión establece cuestión parecida.

13.7.5.- Adicional a lo anterior, se observa que la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV creó un procedimiento que envuelve, directamente, el ejercicio de la libertad de expresión y la operatividad de los medios de comunicación en tanto empresas, es decir, no se trata de una regulación que atiende a cuestiones internas de la ANTV sino que involucra, irremediablemente, los derechos de los asociados a la libertad de expresión y la libre iniciativa privada, sin autorización legal. Por consiguiente, aparece que la accionada se arroga competencias que la Constitución o la Ley no le establecen violando con ello el principio de reserva de Ley, pues no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 20 y 333 de la Constitución Política de Colombia se exige dicha reserva para la restricción de las libertades de expresión y de iniciativa privada.

Sobre estas cuestiones la Sala de Subsección C se ha pronunciado en un asunto que entrañaba un problema jurídico asimilable al *sub judice*. Allí se afirmó:

⁶⁸ Cfr. Artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“4.3.1.1.- Como ya se ha señalado, según lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, disposición con base en la que se profirió la resolución que hoy se juzga, no cabe duda que la Administración, en este caso “las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación”, están habilitadas por la ley para conminar al contratista y si es del caso imponer unilateralmente las multas que se encuentren pactadas en los contratos en razón del incumplimiento comprobado, pero siempre y en todo lugar aplicando los procedimientos de ley y ante la ausencia de norma especial al respecto los propios del código contencioso administrativo en su primera parte, tal como se deduce de una simple articulación del artículo 17 en mención con el inciso segundo del artículo 1 del código en cuestión.

(...)

La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.

Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 01 de 1984, según el cual, “... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...”.

4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia⁶⁹ como la doctrina especializada⁷⁰ han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.”⁷¹ (Resaltado propio).

Así las cosas, sin mayor esfuerzo este Despacho encuentra una contradicción analítica inicial protuberante entre el parágrafo en comento, como parte integrante del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013, y la normativa convencional y constitucional relativa a la libertad de expresión y la libertad económica, oposición que se hace patente una vez se advierte la violación al principio de reserva de Ley y la institucionalización de permisos y procedimientos administrativos que guarda relación intrínseca con los derechos convencionales y constitucionales ya citados.

13.7.6.- Lo dicho precedentemente no se agota en un simple problema formal de competencias, por el contrario el Despacho entiende que tal regulación de la administración comprende un quiebre medular a las cláusulas de Estado Democrático y de Derecho como normativamente se rotula el Estado colombiano, al auto-atribuirse la ANTV competencias que son exclusivas del legislador, las cuales encuentran su respaldo en el profundo peso que tienen

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C-252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C-229 de marzo 18 de 2003.

⁷⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.*, pp. 182 a 190.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 39477.

tales bienes jurídicos convencionales y constitucionales en la sociedades contemporáneas. Además, con la usurpación de funciones legislativas ocurre que se presenta una violación al principio democrático por cuanto se desconoce la competencia del Congreso de la República como creador y regulador de los procedimientos administrativos así como encargado de concretar la intervención estatal en la economía, conforme a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Por tanto, como la restricción impuesta por el párrafo en cita no encuentra respaldo legal, se impone, en el marco de este análisis preliminar en sede de medida cautelar, concluir la contradicción evidente de dicho precepto con el ordenamiento jurídico.

13.8.- En este orden de ideas, pugna profundamente con tales libertades fundamentales que existan regulaciones administrativas dirigidas a instituir procedimientos, exigir permisos o autorizaciones previas o prohibir, como lo hace la norma, el ejercicio de la libertad económica restringiendo los derechos humanos de libertad de expresión e iniciativa económica, sin juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad alguno autorizado por el legislador. Cuando se advierte tal circunstancia aflora, además, una contradicción protuberante con el principio constitucional de reserva de Ley, lo que conlleva la carga para el Juez de decretar la suspensión provisional de efectos del acto, si ello ha sido solicitado.

13.9.- Corolario de lo expuesto, se verifica que el párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 hace parte de un procedimiento administrativo ex-post a la asignación de frecuencias para el servicio de televisión y, además, fija una categórica prohibición de hacer uso de la frecuencia asignada hasta tanto no se autorice el inicio de operaciones por la ANTV; por consiguiente un estudio analítico preliminar de la norma acusada con el ordenamiento jurídico refleja una contradicción de bulto, evidente o palmaria entre las libertades humanas fundamentales de expresión e iniciativa privada con el párrafo pluricitado.

13.10.- Siendo lo anterior así, se sigue inexorablemente el decreto de la medida de suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Actos Administrativos. 169

- Definición: La necesaria producción de efectos jurídicos. 169
- De efectos generales: participación ciudadana mediante consulta popular. 170

Actos de las Academias Nacionales. Competencia. 176

Amparo Constitucional. 194

- Acción de Amparo: Admisibilidad. 194

-C-

Contencioso Administrativo de anulación. 175

- Efectos de la anulación: Prohibición de reedición del acto anulado. 178
- Lapsos de caducidad. 175

Control concentrado de la constitucionalidad reedición de normas. 189

Control de la constitucionalidad de las Leyes. Prohibición de reedición de las Leyes anuladas. Poderes de anulación de oficio. 179

-D-

Derechos Individuales. 129

- Libertad personal: Régimen de la intervención penal y valoración de la mendicidad. 129

Derechos Políticos. 130

- Pérdida de la ciudadanía. 130

Derechos Sociales y de la familia. 131

- Régimen de protección de los más débiles. 131
- Derecho al Trabajo: Derecho y deber de trabajar. Situación de mendicidad. 134
- Derechos de protección Social. 136
- Protección del matrimonio: Fundamento de la familia. 136

- Protección de la familia y sobre la institución del divorcio: Eliminación de las causales taxativas de divorcio. 138

- Derecho de Propiedad. Confiscación. 164

-G-

Garantías Constitucionales. 111

- Garantía de Igualdad ante la Ley. Principio de igualdad. 111
- Principio de igualdad y no discriminación. 113
- Garantía de acceso a la justicia. Igualdad. 117
- Garantía del debido proceso. 124
- Presunción de Inocencia. 124
- Principio de legalidad en la tipificación de delitos y faltas. 126

-P-

Poder Judicial. 160

- Régimen de los jueces: Ausencia de estabilidad de los jueces provisorios. 160

Procedimiento Administrativo. 166

- Garantía del debido proceso. 167
- Principio de Legalidad. 166

-R-

Revisión Constitucional de sentencias. 193

Recurso de Interpretación Constitucional. 190

- Admisibilidad. 192
- Interpretación de normas sub legales acción improponible en derecho. 190
- Pérdida de interés procesal. 193

-S-

Sobre la noción de soberanía. Ilegitimad de los actos ejecutivos de un gobierno extranjero en relación con la Republica y sus habitantes. 100

