

Comentarios Jurisprudenciales

LA SALA CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUYENTE: LA MODIFICACIÓN DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO Y DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *En este comentario se analiza la sentencia de la sala Constitucional de 15-04-08 en la cual al interpretar el artículo 164,10 de la Constitución, concluyó modificando su contenido, convirtiendo la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de conservación, administración y mantenimiento de la infraestructura nacional de vialidad y transporte, en una competencia concurrente con el Poder Nacional, que este puede incluso intervenir y “reasumir.”*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, y con la impunidad que le garantiza el ser el más alto Tribunal de la República y “máximo y último intérprete de la Constitución” (art. 335), ha usurpado la voluntad popular y el poder constituyente que corresponde al pueblo, y ha “modificado” la Constitución, cambiando la forma federal del Estado, al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados de la federación en materia de infraestructura para la circulación y transporte, “nacionalizando”(centralizando), contra lo que expresamente dispone la Constitución, competencias atribuidas en forma exclusiva a los Estados.

El artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia *exclusiva* a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional.” Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008¹, dictada con motivo de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el Procurador General de la República, pura y simplemente “modificó” el contenido de esta norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de la misma, que esa “competencia exclusiva” *no es tal competencia exclusiva*, sino una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional podía revertir a su favor la materia “descentralizada” eliminando toda competencia de los Estados.

La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional “en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” y que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación

¹ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional , N° 565 , caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” en aquellos casos que la prestación del servicio “por parte de los Estados es deficiente o inexistente.”

Esa decisión del Juez Constitucional, más que una “interpretación” de la Constitución lo que contiene es una ilegítima “mutación” de la misma, que responde a la tendencia centralizante del régimen autoritario al cual sirve la Sala, y que constituye una usurpación de la soberanía popular a quien está reservado el poder constituyente.

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA “FEDERACIÓN DESCENTRALIZA” VENEZOLANA

Conforme se declara en el artículo 4 de la Constitución de 1999, “la República Bolivariana de Venezuela es un *Estado federal descentralizado* en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.” Sin embargo, dicha declaración, en realidad, encubre un Estado federal centralizado, ya que la misma se contradice en muchas regulaciones que establece la propia Constitución.”²

Pero en todo caso, y a pesar de esas contradicciones, en la conformación del Estado con forma federal, se puede identificar al menos un núcleo esencial de la misma en la Constitución, que es expreso y que no puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional, el cual se refiere, precisamente, al sistema de “distribución” del Poder Público que regula el artículo 136 “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional,” el cual se materializa en la distribución de una serie de competencias entre los tres niveles territoriales.

Esa asignación de competencias, ciertamente tiene un acentuado desbalance, primero, por el conjunto de competencias que se asignan a favor del Poder Nacional (artículo 156) y, segundo, por las que se asignan a favor del Poder Municipal (artículos 178, 179), las cuales, comparadas con las competencias que se asignan al Poder Estatal, en cambio, muestran una lista bien exigua (artículo 164). En efecto, esta distribución de competencias además de referirse a *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales, enumera las *materias* sobre las cuales se ejercen esas atribuciones en los tres niveles territoriales.³

En esta forma, el artículo 156 de la Constitución enumera como de la “competencia del Poder Público Nacional...” un conjunto de *materias*, muchas de las cuales son de carácter exclusivo, como por ejemplo, la relativa a “La política y la actuación internacional de la República” (arts. 156,1; 152; 154); y otras de carácter concurrente con otros niveles territo-

2 Véase nuestros estudios sobre el tema, elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750

3 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

riales. En relación con los Estados, el artículo 164 de la Constitución, además de un conjunto de atribuciones, también define unas *materias* que califica como de la “competencia exclusiva de los Estados”, entre las cuales está, por ejemplo, “la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (ord. 9); y la “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial...” (ord. 10).

En cuanto a los Municipios, en el artículo 178 se regula “la competencia del Municipio” traducida en un conjunto de *materias* que son de ejercicio exclusivo sólo en los aspectos que estrictamente conciernen a la vida local.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA

Ahora bien, específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece el siguiente sistema de distribución de competencias:

1. *Las materias de competencia exclusiva del Poder Nacional*

El artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder nacional en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, las siguientes competencias exclusivas entre los tres niveles territoriales:

A. *La ordenación normativa de las obras de infraestructura*

Corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional *regular* el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156,19 le asigna competencia para “el establecimiento, coordinación y unificación de *normas* y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo.” Además, corresponde al Poder Nacional la competencia exclusiva para establecer “el *régimen...* de los puertos⁴, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26).

B. *Las obras públicas nacionales*

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “obras públicas de interés nacional” (art. 156,20), por lo que la competencia en materia de obras públicas estatales y municipales corresponde, respectivamente, a los Estados y Municipios.

C. *La vialidad nacional*

Conforme al artículo 156,27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales⁵. Esta norma no reserva al Poder Nacional la vialidad, sino el *sistema* (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello, los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal, sometidos a las normas establecidas en materia de ingeniería por el Poder Nacional (art. 156,19).

4 Véase Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos en *G.O.* N° 37.589 del 11 de diciembre de 2002. Decreto N° 1.380 con Fuerza de Ley General de Marinas y Actividades Conexas en *G.O.* N° 37.321 del 9 de noviembre de 2001. Véase en general, sobre los puertos: Ricardo Baroni Uzcátegui, “Las competencias portuarias a la luz de la Constitución de 1999” en *DOCUMENTUM. Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado*, Vol. 3, N° 2 (mayo-diciembre). Caracas, 2000, pp. 191-206.

5 Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

D. *El transporte nacional*

El artículo 156,26 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre⁶, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional*...” Además, como se dijo, el artículo 156,27, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “ferrocarriles nacionales”⁷.

En consecuencia, también puede haber transporte estatal y municipal, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional “las políticas nacionales y la legislación en materia naviera” (art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

E. *La competencia en materia de legislación general*

De acuerdo con el artículo 156,32, el Poder Nacional además de las competencias legislativas que tiene respecto de las materias que se le atribuyen, tiene la competencia exclusiva general respecto de la legislación en las “todas las materias de la competencia nacional.”(art. 156,32)

2. *Las materias de la competencia exclusiva del poder público estatal*

Al contrario de lo que sucede con el artículo 156 de la Constitución relativo a las materias de la competencia del Poder Nacional (algunas de las cuales son exclusivas y otras no), el artículo 164 de la Constitución sólo regula competencias *exclusiva* de los Estados, las cuales sin dejar de ser “exclusivas”, están reguladas como una exclusividad parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del Poder Público.

A. *Las obras públicas estatales*

Al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales, con sujeción a las normas sobre ingeniería establecidas por el Poder nacional (art. 156,19).

B. *La vialidad estatal*

El artículo 164,9 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales”. Estas vías terrestres estatales son “las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales”, tal como las definió el artículo 6 del Reglamento Parcial N° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre⁸; siendo vías de comunicación nacionales, “las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites” (art. 4,1).

6 Véase Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre en *G.O.* N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

7 Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

8 Véase en *G.O.* N° 35.327 de 28-10-93.

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es importante, ya que el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales” (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de “vialidad urbana”.

C. *La administración de la vialidad nacional*

Siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁹ (art. 11,3), que tenía rango constitucional,¹⁰ el artículo 164,10 de la Constitución, constitucionalizando esa materia, como se ha dicho, asignó competencia exclusiva a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional.”

Esta competencia, sin embargo, está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) y además, la deben ejercer los Estados sujetos a “la coordinación con el Poder Nacional,” que éste debe regular.

D. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, también siguiendo la política de descentralización de competencias efectuada a favor de los Estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, constitucionalizó la previsión legal, e igualmente asignó competencia exclusiva a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”¹¹ (art. 164,10).

En esta materia, sin embargo, la competencia exclusiva estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de “el régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26) y, en todo caso, la competencia exclusiva estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen que se establezca en la legislación nacional.

3. *Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local*

El artículo 178 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios, pero en la mayoría de los casos no son materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios es “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*”, es decir, los aspectos de esas materias que “*conciernen a la vida local*”, pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas concurrentemente al Poder Nacional y al Poder Estatal.

9 Véase en G.O. N° 37.753 del 14-08-2003.

10 V. Carlos Ayala Corao, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 99 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 122 y ss.

11 Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

Entre esas materias asignadas a los Municipios en el artículo 178 están, precisamente, las siguientes referidas a infraestructura: la ordenación territorial y urbanística (ord. 1); arquitectura civil, nomenclatura y ornato público; vialidad urbana (ord. 2); circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2); servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2). A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de “obras públicas municipales” dado que el artículo 156,20 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva sólo en materia de obras públicas *nacionales*.

4. *El contraste del régimen constitucional de intervención del Poder Nacional en materia de competencias concurrentes*

Aparte de las competencias exclusivas de los tres niveles territoriales del Poder Público, la gran mayoría de las materias referidas a las competencias que en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los mismos, en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios o entre la República y los Estados, quedando su precisión, en ausencia de una “enumeración” constitucional (como las relativas a la salud, educación, servicios sociales, ordenación del territorio, medio ambiente, promoción de la agricultura, ganadería, industria y comercio, defensa civil, promoción de la ciencia y la tecnología, deporte y servicios públicos)¹², a lo que disponga la ley nacional.

En todo caso, son estas materias de competencias concurrentes las que conforme al artículo 165 de la Constitución deben ser reguladas mediante *leyes de bases*¹³ dictadas por el Poder Nacional y, además por *leyes de desarrollo* que deben sancionar los Consejos Legislativos de los Estados.

Lo importante a destacar aquí es que estas *leyes de base* no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los Estados indicadas en el artículo 164, sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*. Además, esas leyes, en todo caso, conforme al artículo 206 de la Constitución, durante el proceso de su discusión, deben obligatoriamente someterse a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos.

III. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN 2007 PARA NACIONALIZAR LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL

La forma federal del Estado y la distribución territorial de competencias establecidas en los artículos 156 y 164 de la Constitución, a la cual nos hemos referido, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que, a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007. Con la misma expresamente se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado.

12 Ello sin embargo, no se hizo. Por ello nuestro voto salvado al respecto. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre-30 noviembre de 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 193 y 194.

13 Cuya noción estaba en el proyecto de Constitución discutido en la Asamblea (art. 203), pero fue eliminado. Véase en general, Véase José Peña Solís, “Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, pp. 79-123.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,¹⁴ como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional¹⁵ y que la misma sancionó en noviembre de 2007, en relación con la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, por una parte, se buscaba terminar de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional, centralizándose las competencias que se atribuyen en la Constitución a los Estados, que se buscaban eliminar; y por la otra, se pretendía terminar de vaciar a los Estados y Municipios de las competencias que le quedan en la Constitución, mediante la obligación que se les imponía de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que en definitiva hubieran quedado como entequejas vacías.¹⁶

En cuanto a la centralización de competencias en el nivel nacional en particular se buscaba atribuir al Poder Nacional, en el artículo 156,27, es decir, se pretendió “nacionalizar” la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales, lo que hubiera implicado la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que como se ha visto, asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”¹⁷

Ahora bien, dicha reforma constitucional propuesta fue rechazada expresa y abrumadoramente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007, por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164,10 de la Constitución, quedó sin modificación. Sin embargo, en fraude a la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se encargó de efectuar dicha modificación, al usurpar ilegítimamente la voluntad popular, incluso contrariándola y pasó a mutar el contenido y sentido de la norma, vía interpretación, pretendiendo hacer lo que no se pudo lograr en la consulta popular. No sólo se trata de una modificación constitucional ilegítima e inconstitucional, sino hecha en fraude a la Constitución, es decir, del procedimiento de revisión de la misma, defraudando a la vez la voluntad popular.

14 El documento circuló en junio de 2007 con el título “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007.

15 Véase el documento Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, p. 19.

16 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista*. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

17 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, pp. 72 ss.

IV. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN FORMULADA POR EL EJECUTIVO NACIONAL ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

En efecto, como se dijo, la Procuraduría General de la República, el 26 de julio de 2007, interpuso un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional de la norma contenida en el numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al tema de la “coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los Estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos.” El recurso se fundamentó en “la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia” que existía en el Ministerio de Infraestructura, el cual “sin invadir las competencias atribuidas a los Estados,” consideraba que el precepto mencionado “no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados de la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”¹⁸

En definitiva, la interpretación del artículo 164,10 de la Constitución se solicitó, dada “la ambigüedad que envuelve a la naturaleza de la relación de coordinación entre los estados y el Ejecutivo Nacional, respecto a las potestades de administración, conservación y aprovechamiento, genera numerosos inconvenientes de orden interpretativo en la diaria gestión del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”, con el objeto de que la Sala estableciera con claridad lo siguiente:

“1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional...”

La solicitud de interpretación, por tanto, se hizo respetando la competencia exclusiva de los Estados, sin intención de invadirla, referida al alcance de la “coordinación” que corresponde al Ejecutivo nacional. El resultado, sin embargo, fue distinto, pues la Sala de oficio reformó la Constitución, y pura y simplemente, eliminó la competencia exclusiva de los Estados en la materia, y la convirtió en una competencia concurrente sujeta a la técnica puntual de “descentralización” que puede ser intervenida, revertida y reasumida por el Poder Nacional.

V. LA ARGUMENTACIÓN MALABARISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER LA SUPUESTA “CONFUSIÓN” CONSTITUCIONAL

Para efectuar esa ilegítima modificación de la Constitución, la Sala comenzó por afirmar que la redacción del artículo 164.10 constitucional resultaba “confusa, en lo relativo a la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas* com-

18 La situación concreta que originó la consulta, según se narra en la sentencia, se refería “a la coordinación con el Estado Trujillo de la administración, conservación y aprovechamiento del Puerto La Ceiba, ubicado en el Municipio La Ceiba de dicho estado, cuya propiedad pertenece a la República y que en fecha 19 de noviembre de 1990, fue dado en concesión por el extinto Instituto Nacional de Puertos a la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., por un lapso de veinte años.” *Cfr.* Sentencia de la Sala Constitucional, N° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-071108.htm>

petencias exclusivas de dichos entes político territoriales,” lo cual supuestamente generaba “una aparente antinomia que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales.”

Para resolver la confusión, la Sala Constitucional se refirió a “la competencia *normativa* del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución,” indicando que la interpretación del alcance y sentido de dicha norma, exigía un “análisis concatenado” con el artículo 156.26 de la Constitución, pues “la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional;” según el cual, “al Poder Público Nacional, le corresponde legislar” sobre dichas materias desde el momento que dicha norma “otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar *el régimen*”, cuya acepción es precisamente la de un “conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad.”

En cuanto al artículo 164.10 de la Constitución, la Sala estimó que la misma atribuye al Poder Público Estatal la competencia “*exclusiva*”, de “conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate.” De esta concurrencia de competencias que ostentan tanto el Poder Público Nacional como el Estatal, dedujo la Sala que en la materia, el Poder nacional y los Estados tienen competencia “en diversos grados ... pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general” de las mismas, y a los Estados les compete “la conservación, administración y aprovechamiento” de dicha infraestructura.

En otras palabras, la Sala Constitucional estimó que conforme al artículo 156.26 de la Constitución, compete al legislador nacional no solo “definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura” sino en consecuencia, *regular* “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”

Ello sin embargo, es contrario a la Constitución, pues en la materia de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, el artículo 164,10 no estableció una materia de “competencia concurrente” sino de competencia *exclusiva* de los Estados, por lo que en la materia, es falso que haya una “asignación de la *legislación básica* al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la *legislación de desarrollo* de ésta al nivel estatal”, que sólo existe, constitucionalmente, en materias de competencia *concurrente* y no en los casos de competencias exclusivas.

La Sala, en efecto, erradamente dijo:

“Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia *concurrente* despliegan los Estados.”

Es decir, la Sala Constitucional desconoció el carácter de competencia exclusiva de los Estados en esta materia, y la trastocó, contrario a la Constitución, en competencia concurrente, reconociéndole entonces al Poder nacional poderes que no tiene en la Constitución como fijar los “principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organi-

zación interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares;” y todo ello, porque el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”. De ello, concluyó la Sala que las normas constitucionales supuestamente permiten “que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional,” lo cual no tiene asidero constitucional alguno.

De lo anterior, la Sala volvió a referirse, en su sentencia, a la existencia de una “aparente contradicción” entre “la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas competencias exclusivas* de dichos entes político territoriales,” y para resolverla, se refirió a “los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público” de 1989. Sin embargo, la Sala pasó por alto que en la materia, la norma del artículo 11,3 de la mencionada Ley Orgánica de Descentralización que se refería a la “transferencia” a los Estados de la competencia exclusiva en la “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios”, había quedado tácitamente derogada con la previsión de la Constitución de 1999 (art. 164,10); y más bien se refirió a la reforma parcial de dicha Ley de 2003, que reprodujo las disposiciones de la de 1989 sin que el Legislador hubiera tenido el cuidado de adaptarla a la nueva Constitución, particularmente en cuanto al cambio de naturaleza de la competencia, que en lugar de ser concurrente pasó a ser exclusiva de los Estados.

En tal sentido la Sala expresó erradamente, como si la Constitución de 1999 nada hubiera cambiado y la Ley de Descentralización de 1989 reformada en 2003 hubiera seguido íntegramente en vigencia, que:

“En tal sentido, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público reguló un conjunto de competencias concurrentes, las cuales permiten la gestión coordinada de la República y los Estados; la posibilidad de la República de transferir esas competencias concurrentes a los Estados mediante el procedimiento establecido en la ley y, en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia.

De estas normas de la Ley Orgánica, la Sala pasó a argumentar sobre las competencias exclusivas de los Estados sobre las “vías terrestres estatales” (artículo 164,9) y trastocó el sentido de la norma constitucional del artículo 164,10 al indicar que lo que regulaba era “la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, *conjuntamente con el Ejecutivo Nacional* (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión)”, lo que no está establecido en la Constitución. Una cosa es una competencia exclusiva de los Estados que deben ejercer en coordinación con el Ejecutivo Nacional, y otra cosa en el ejercicio conjunto de competencias entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, lo que no está regulado en la Constitución.

De esta falsedad, la Sala pasó a referirse a otro tema relativo al origen de las inversiones y a la naturaleza de los bienes de la infraestructura vial resultante de las mismas, señalando que en materia de construcción de “puentes y vías terrestres estatales” los mismos son de competencia exclusiva y originaria de los Estados no sólo en virtud de su carácter regional,

sino fundamentalmente debido a su origen demanial; y que en cuanto a las “carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales)”, resultado de la “ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional”, la Sala los consideró como “bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional.” Hasta aquí la Sala Constitucional no hizo otra cosa que parafrasear, en algunos casos erradamente, la Constitución, pero para llegar a una conclusión falsa: que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es obvio, “en caso de haber sido transferidos a los Estados *pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.*”

Simplemente, para argumentar en esta forma, la Sala Constitucional se olvidó que fue la propia Constitución de 1999 la que declaró como competencia *exclusiva* de los Estados, la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial,” independientemente y sin desconocer que se trate de bienes nacionales; y ninguna importancia tiene el que se pueda calificar como servicio público la gestión de esas competencias, en los términos de los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, del artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, y de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil. La verdad es que esas citas legales son inocuas y en nada influye el que se trate de actividades de servicio público a los efectos de la competencia exclusiva de los Estados.

Y de esta referencia a los servicios públicos, de la nada, la Sala concluyó afirmando, lapidariamente, que:

“cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen *exclusividad* sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo *sub examine*-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales *pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias*, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República.”

Es decir, la Sala se olvidó que no fue la Ley de Descentralización de 1989 ni su reforma de 2003 la que “descentralizó” en los Estados la competencia mencionada, sino que fue la propia Constitución de 1999, directamente, la que constitucionalizó la transferencia de competencia que se había efectuado en 1989, calificándola ahora como “competencia exclusiva” de los Estados.

Como tal, la misma ni es una competencia de ejercicio “conjunto” con órganos del Poder Nacional, ni estos pueden “reasumirla” en forma alguna; y el hecho de que los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes sean “nacionales”, en tanto bienes públicos, no autoriza en forma alguna como lo afirmó la Sala, que “Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la *intervención* en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.”

Después de estas afirmaciones sin asidero constitucional, la Sala Constitucional pasó a analizar teóricamente el tema de la distribución territorial de competencias en la Constitución en el sentido de que no puede ser interpretada en el sentido de postular “una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias,” la

cual consideró incompatible con el sistema federal venezolano el cual consideró, citando una anterior sentencia de la Sala N° 2.495/06, que seguía el “modelo de federación descentralizado cooperativo.”¹⁹

En este contexto, la Sala pasó entonces a analizar el sentido de voz “*coordinación*” en el artículo 164.10 de la Constitución, considerando que “implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público.”

Después de este argumento, que nada agrega, la Sala Constitucional pasó inmediatamente a “mutar” o modificar la Constitución en la materia de la competencia exclusiva de los Estados en la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial”, distinguiendo las situaciones que pudieron haber resultado de la ejecución de la Ley de Descentralización de 1998, y que en todo caso no era procedente hacer, pues la Constitución de 1999 derogó en la materia, la norma de aquella Ley.

En efecto, la Sala pasó a hacer una distinción inexistente después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre: (i) que la “competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados;” (ii) que la ejerzan “parcialmente” o, (iii) que “a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.”

Esta distinción no es posible hacerla después de que la Constitución de 1999 entró en vigencia, en la cual se asignó a los Estados competencia exclusiva en la materia, independientemente de que algunos no la hubieran asumido.

Por tanto, en cuanto a la primera hipótesis, es falso que después de 1999, la mismo pudiera existir, y menos que conforme lo decidió la Sala Constitucional, en caso de que no se hubiese producido conforme a la Ley de Descentralización de 1989 y durante la vigencia de la Constitución de 1961 “la correspondiente transferencia”, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, corresponda entonces a la República continuar:

“prestando el servicio y mantenimiento de los bienes, de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, según sea el caso, lo cual genera no sólo la obligación de administrar y conservar, sino la posibilidad de aprovecharse de los mismos, en aquellos casos que exista una contraprestación por el ejercicio de tales competencias.”

Esto no es más que una burda e ilegítima modificación del artículo 164,10 de la Constitución de 1999 que al contrario, sin distingo alguno atribuye esa materia a la competencia “exclusiva” de los Estados, sin perjuicio de que en la ejecución de la misma deba haber una coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Es también igualmente falsa la segunda hipótesis que distinguió la Sala, referida a los casos en los cuales los Estados hubieran asumido conforme a la Ley de Descentralización de 1989, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, y que en la misma pudiera suceder que conforme a supuestos “convenios interadministrativos”, “la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables.” Ello simplemente sería violatorio de la Constitución.

19 Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs. Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

En cuanto a la tercera hipótesis, cuando se hubiera producido la transferencia a los Estados de las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, es falso que en caso de que “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; y menos que “la Administración disponga de un *poder general implícito* o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.”

No sólo ello es contrario a la garantía de la reserva legal, sino que no está regulado en la Constitución, y además, fue el artículo 164 de la misma y no la ley de 1989 el que definió la distribución de competencias, no disponiendo nada sobre la supuesta prestación deficiente del servicio y la potestad del Poder Nacional de “intervenir” el servicio, lo cual, por lo demás, no hay forma cómo la Sala pueda convertirlo en algún “poder implícito” de la República para desconocer el principio de legalidad que exige que las competencias estén consagrada en norma expresa.

Y menos puede argumentar la Sala que en estos caso, pudiera el Ejecutivo Nacional, supuestamente tener “facultad de ejercer la *reversión* de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico”, ya que la tal “transferencia” si se produjo fue por la Constitución de 1999 y no por alguna Ley o convenio.

VI. LA ILEGITIMA “MUTACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Después de todos los argumentos y malabarismos interpretativos realizados por la Sala Constitucional, antes analizados, la misma pasó a modificar el artículo 164,10 de la Constitución que atribuye a los Estados *competencia exclusiva* en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional,” y en su lugar dispuso como interpretación vinculante de dicha norma, que la misma no dice lo que dice, sino que lo que dice lo contrario:

a.- Que *no se trata de una competencia exclusiva*, sino de una *competencia concurrente* sobre la cual el legislador nacional debe “establecer mediante *leyes de base* reguladoras... de las *competencias concurrentes*, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí.”

b.- Que los Estados *no tienen la competencia exclusiva que la Constitución les asigna* sino que lo que pueden es “ejercer *conforme a la legislación base* y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, *previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial*.”

c.- Que, por tanto, la Constitución no ha dispuesto distribución de competencias alguna en esta materia a favor de los Estados, sino que estos pueden sólo ser destinatarios “de una descentralización territorial” en la materia. Por ello, la Sala fue terminante en afirmar que “Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias.”

d.- Que los Estados no tienen la competencia exclusiva que les asigna la Constitución, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales), que son bienes y servicios nacionales; y que sólo en

caso de sean “transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también *revertidos*, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.” Sin embargo, de acuerdo con la Sala Constitucional, en estos casos, “se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda *asumir directamente* la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad.”

En estos casos, sin base constitucional o legal alguna, la Sala Constitucional dispuso que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución.”

Después de una ilegítima “modificación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante interpretación vinculante, que trastocó el orden jurídico o, como lo dijo la propia Sala, la misma “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por supuesto, después de lo que hizo, la Sala Constitucional no pudo concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión²⁰, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.” Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por la propia Sala.

De nuevo, con esta sentencia, la Sala Constitucional de Venezuela pone en evidencia el peligro que representa para el Estado constitucional de derecho y para la legitimidad de la justicia constitucional, que el órgano encargado de ejercerla sea un órgano sometido al Poder, instrumento del autoritarismo. Los ciudadanos, el pueblo, en casos como este, quedan inermes, pues se les modifica su Constitución sin su participación, y sin seguirse el procedimiento prescrito en la misma, y no tienen vías para exigir el control de los actos ilegítimos contrarios a ella. La verdad es que no les queda otra vía que su desconocimiento conforme al artículo 350 constitucional. El guardián de la Constitución, convertido en instrumento del autoritarismo, simplemente no es controlable en su poder omnímodo, ya que sus sentencias son irrevisables. Por ello, de nuevo, en esta materia, la pregunta de siempre *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, queda sin respuesta.²¹

20 De ello resulta según la sentencia: “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.