

*El carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley (no habilitado) para la **gestión comunitaria** que arrasa lentamente con los Poderes estatales y municipales de la Constitución*

Cecilia Sosa G.

*Profesora de la Universidad Central de Venezuela,
Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Arturo Michelena*

Resumen: *La participación protagónica como derecho constitucional del ciudadano venezolano no se discute, tiene consagración expresa en el artículo 62 constitucional. La participación abarca la formación, ejecución y control de la gestión pública, exigiendo que su ejercicio en los asuntos públicos, sea siempre de naturaleza libre.*

La supremacía de la Constitución somete al Poder Público (Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal) al logro de la descentralización y obliga a la ley a establecer los mecanismos abiertos y flexibles para la transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados a los fines que ellos presten los servicios y los gestionen (artículo 164 constitucional). Corresponde a Asamblea Nacional preservar la estructura y organización del Poder Público así como la libertad de participación de la población en la gestión pública.

Por tanto, obligar por Ley (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Asignaciones) a transferir de manera obligada las competencias del Poder Público y exigir como obligación para participar pertenecer a organizaciones de un sistema económico comunal, en el marco de un modelo productivo socialista, hace que esta Ley no sea desarrollo del derecho a la participación sino por el contrario lo anula y vacía de contenido.

Palabras claves: *Organización Política territorial; Derecho a la participación; Participación ciudadana; Libertad de organización social; Descentralización; Competencias constitucionales; Supremacía constitucional; Gestión comunitaria; Servicios Públicos*

Abstract: *There is no discussion that Venezuelans have paramount constitutional rights as enshrined in article 62 of the Constitution. They thus participate in the formation, undertaking and control of public affairs, so long as this is done freely.*

At the top, the Constitution submits Public Power (National, State and Municipal) to achieving decentralization and it compels the law to establish open and flexible mechanisms that are transferred to local communities and organized neighborhood groups who are the ones who render

the services decided by the former (article 64 of the Constitution). It is up to the National Assembly to preserve the structure and organization of Public Powers as well as freedom of participation in public affairs.

Therefore, to compel by Law (Decrees with the Extent, Force and Essence of the Constitutional Law concerning Authority, Services and other Assignments) to transfer the affairs of Public Powers and require people to participate and belong to organizations within the framework of an economic community system and a socialist productive model, means that this Law is no longer put into practice as a participatory right but, quite the contrary, it is trampled on, leaving it null and void.

Keywords: *Territorial Political Organization; The right to participate; Citizen participation; Society's freedom to organize; Decentralization; Constitutional competencies; Constitutional sovereignty; Community management; Public Services.*

La Constitución de la República se funda en la participación protagónica de la población, eso no se discute. En cumplimiento del deber constitucional de los ciudadanos y funcionarios nacionales, estatales y municipales de acatar la supremacía constitucional y las atribuciones como órganos del Poder Público, tienen que hacen prevalecer las competencias constitucionales ante el texto del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Asignaciones.¹ (*En lo adelante DL*)

De allí que sea este cuerpo jurídico, superior y único, la Constitución, cuya vigencia se expresa en la fuerza de regular la vida de los ciudadanos y de las organizaciones sociales, así como el desempeño de los órganos del Estado, con la capacidad de operar de forma determinante y reguladora de manera inmediata, que identifica el fundamento de la justicia constitucional.

Con base a lo anterior ninguna ley puede contradecir sus mandatos, y debe someterse a las instrucciones que desde la Constitución se le ordena a cualquiera de las ramas del Poder Público, pero en particular a quien hace efectivo el cumplimiento de la reserva legal.

Entonces tenemos el principio de separación orgánica del Poder Público que deriva de la distribución horizontal del poder público nacional, lo cual genera ramas independientes y autónomas entre sí.² Este principio se consagra en la Constitución vigente al abandonar la distribución vertical del poder (Constitución de 1961), estableciéndola ahora es igualmente horizontal, nadie manda sobre otro poder territorial, cada uno tiene sus propias funciones y se impone así el mismo principio de la distribución nacional del Poder Público (Poder Público Nacional).

Por su parte el Derecho Administrativo regula el ejercicio de la función administrativa, y es "...necesario identificarla dentro de las diversas funciones estatales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con determinadas actividades estatales, que es otra de las bases fundamentales del Derecho administrativo venezolano."³

1 *Gaceta Oficial* N° 6.079 Extraordinario del 15 de junio de 2012. Decreto N° 9.043 de 15 de junio de 2012.

2 Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo General. Concepto y Fuentes*, Ediciones Paredes, 2012, p. 202 y 103.

3 *Ibidem* p. 108

La administración, la función ejecutiva, la administración pública, el ejercicio de sus potestades, actúa “con sometimiento pleno a la ley y al derecho, por tanto está obligado a someterse al ordenamiento jurídico, y tiene prohibido contrariar la Constitución y la Ley.”⁴

Así, la construcción constitucional garantiza el imperio del Derecho, donde además de las normas atributivas de competencia se establecen los valores constitucionales, desde los proclamados superiores hasta los esparcidos a lo largo de todo el texto constitucional.

Ahora bien, el texto legal que se analiza lo examinó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia antes de su publicación en Gaceta Oficial, atendiendo a la función de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales⁵ de conformidad con el artículo 203 constitucional, el cual establece “...Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico...” Sólo es necesario destacar que la Ley Habilitante, la cual delega las materias al presidente de la República, no tiene carácter orgánico constitucional, de manera que mal podría operar delegación de materias para las que ya hayan sido calificadas de orgánicas por la Asamblea Nacional, visto que requiere una votación calificada de las 2/3 partes de los Diputados. (Si no puede para ésta categoría menos podría operar para las calificadas como orgánicas por la Constitución)

En este orden de ideas, examinemos cual fue la posición que fijó de la Sala Constitucional ante la consulta del Ejecutivo Nacional presentada el 15 de junio de 2012, donde el presidente de la República en Consejo de Ministros solicita se ratifique el carácter orgánico que le otorgo al texto que se examina. Tres días más tarde a la presentación de la solicitud, la Sala Constitucional dicta la decisión donde declara que es constitucionalmente orgánico el *DL* y enumera los motivos para tal calificación.⁶

Como punto primero afirma la Sala Constitucional que el *corpo legal* analizado **desarrolla de forma directa el derecho fundamental a la participación del pueblo organizado**, y en tal sentido declara que ese pueblo organizado:

“...asumirá **mediante la gestión de empresas Comunes de propiedad Social** de servicios y demás formas de organización de las comunidades, **legítimamente reconocidas**, que se adecúen a lo establecido en el presente Decreto Ley y su objeto, **generando** las condiciones necesarias para el ejercicio de la democracia participativa y la prestación y gestión eficaz, eficiente, sustentable y sostenible de los bienes, servicios y recursos destinados a satisfacer las necesidades colectivas.” (Destacado nuestro)

La segunda afirmación de la Sala Constitucional se refiere a los efectos del Decreto con fuerza de ley que analiza:

“...**incide de forma evidente en la estructura orgánica o institucional de un Poder Público** como es el Poder Ejecutivo, **y a su vez los distintos entes político-territoriales quienes están sujetos a los planes de transferencia planteados en sus normas**” (Destacado nuestro)

4 Artículo 141 constitucional

5 Artículo 335 constitucional

6 Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Luisa Estela Morales. Exp. N° AA50-T-2012-0702, 18 de junio de 2012.

La tercera y última razón de la sentencia se refiere al:

“... el espíritu transformador que subyace en el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Asignaciones”, el cual modifica los paradigmas sobre la gestión del ejercicio de competencias, servicios y atribuciones por parte de los distintos entes político territoriales y de la comunidad organizada, y por cuanto parte de los cuerpos normativos de rango inferior a las Leyes orgánicas que rigen a dichos entes *deben adecuarse al mismo*, esta Sala advierte que el decreto Ley en cuestión obedece a las características de un instrumento *normativo marco que sirve de base para otras disposiciones legales nacionales, estadales y municipales* en la material que regula.” (Destacado nuestro)

Se puede constatar que los criterios de esta sentencia que permitieron a la Sala Constitucional sostener y declarar el carácter orgánico de este DL, **adelantó opinión sobre la constitucionalidad del instrumento jurídico**, tema que hasta ahora la propia Sala había sostenido que le estaba prohibido un pronunciamiento anticipado de constitucionalidad y sólo debía declarar si el carácter orgánico le correspondía o no.

La sentencia cuando analiza si el DL puede o no tener el calificativo de orgánico invoca las razones de las exigencias constitucionales a la Asamblea Nacional para que el texto normativo emanado de su seno, pueda tener tal calificación.

Para demostrar cómo en la práctica la sentencia de la Sala Constitucional que se comenta, sin proponérselo le negó a este Decreto el carácter orgánico, ocurrió al invocar su propia jurisprudencia en este punto. Establece la Sala⁷:

“... con las leyes orgánicas se pretende que las materias reguladas por ésta tengan mayor estabilidad que aquellas materias que son propias de las leyes ordinarias, dada la especial rigidez de aquellas normas con respecto a estas, *cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales como el concurso más amplio de voluntades en la Asamblea Nacional* en cuanto regulan la material de que se trate, aunque la ratio del número de leyes orgánicas tanto por determinación constitucional como las que derivan de un criterio material incluidas en el texto constitucional, encierran diversas motivaciones (por ej. prolongar el espíritu de consenso en materias trascendentales o poner a cubierto el desarrollo de los derechos fundamentales)” (vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 34 de 26 de enero de 2004 caso: *Vestalia Sampedro de Araujo*) (destacado nuestro)

Es trascendente observar cómo la Sala Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley, invoque precisamente las características propias de una Ley Orgánica, que nunca podrían cumplirse si es dictada por medio de una ley Habilitante; por cuanto, allí no puede haber consenso de los representantes del pueblo (Diputados a la Asamblea Nacional), lo cual le impide a la Sala Constitucional conocer de decretos con Rango de Ley cuando tal calificativo provenga del presidente de la República, con fundamento en una ley Habilitante. En el caso bajo examen la Sala desaplicó sus propios criterios vinculantes.

7 TSJ-SC. Sentencia de 18 de junio de 2012 que declara la constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Asignaciones

El otro criterio jurisprudencial fijado en la misma sentencia es de tenor siguiente:

“...el rol que el propio texto Fundamental confiere a estos calificados textos normativos, la **mención de una ley como orgánica adquiere especial relevancia de cara a la influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes** y, en tal virtud, es menester señalar que la inclusión del tal expresión implica necesariamente el reconocimiento de **su posición preeminente** frente a los criterios técnicos o materiales que la misma Constitución dispuso.”

Es el caso, que la Sala Constitucional desatendió lo consagrado en el artículo 3 del *DL* examinado por ella, al determinar el ámbito de aplicación y precisamente evita la prioridad de aplicación preferente del texto calificado de orgánico, visto que expresamente el *DL* establece el respeto a la normativa ya dictada en leyes (orgánicas o no) respectivas y sus reglamentos. Expresa la sentencia:

“**Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes respectivas y sus reglamentos**, están sujetos a la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, las comunidades organizadas, los consejos comunales, comunas, organizaciones socioproductivas y otras formas de organización de base del Poder Popular, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.” (destacado nuestro)

Por cierto, para evaluar el origen de dictación del *DL*, la Sala se siente “obligada” a conocer de la solicitud y a tal efecto invoca la fuente que le permite al Poder Ejecutivo Nacional sustituirse a la Asamblea Nacional en la competencia exclusiva de legislar en materias de la competencia nacional, por mediar una delegación legislativa de acuerdo al artículo 203 último aparte constitucional, como es la Ley Habilitante.

En este caso particular, a la Sala no le fue posible invocar ninguna directriz, ni propósito ni marco de materias donde se hubiere habilitado para legislar al presidente de la República en Consejo de Ministros, sobre este asunto (material) del *DL*, por cuanto la Ley Habilitante no lo disponía; por eso, se observa cómo tuvieron los Magistrados que disimular y esconder la falta de fundamento, ausencia de base legal y sustituirlo en la sentencia por la norma (artículo 2) que en la Ley Habilitante obligaba al Ejecutivo Nacional a remitir el *DL* a la Sala Constitucional, sin jamás indicar la habilitación de la Asamblea Nacional dada al Ejecutivo para dictar tal *DL*, y sin embargo la Sala entró a pronunciarse sin determinar los términos de la delegación que habría recibido de la Asamblea Nacional; si lo hubiera hecho, estaba en la obligación de devolver el texto del Decreto al Ejecutivo con la advertencia, de no estar habilitado. Si no estaba habilitado mal podría dictar este decreto y menos aún con rango de ley orgánica; era así una solicitud inadmisibles.

Entrando ahora en la materia que regula este texto normativo la pregunta obligada es **¿Cuál es el objeto de este texto legal?**

Transferir, mediante los procedimientos y mecanismos establecidos en él, **la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos, del Poder Público Nacional y de las entidades político-territoriales, al pueblo organizado.**

Esta transferencia funciona como un candado que hace inaplicable la libertad de participación y organización ciudadana en las funciones públicas.

¿Porqué? Permite y cierra a un solo tipo de organizaciones (aunque las llame de diversa manera) como son las **Empresas Comunales de Propiedad Social de servicios y socioproductivas**, o las organizaciones de base del Poder Popular y demás formas de organización de las comunidades, **legítimamente reconocidas**, siempre que se adecúen a lo establecido en el *DL* y a su objeto.

Son ellas las que podrán recibir la transferencia de gestión y administración de servicios, contrariando la libertad de organización social establecida en la Constitución para estas actividades.

No puede entenderse la contradicción de la previsión constitucional con el objeto de este instrumento legal, puesto que si estas normas contienen criterios distintos para la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos a ser transferidos del Poder Público Nacional y de las entidades político territoriales al pueblo organizado; ahora por ley se obligue a que sólo puedan asumirlas Empresas Comunales de Propiedad Social de servicios y socioproductivas (Inscritas u adscritas al Ministerio correspondiente), cuando la Constitución señala a las cooperativas, asociaciones vecinales, empresas comunales y organizaciones no gubernamentales (ONG).⁸

La forma de entender esta normativa es aceptar la desaparición de las instancias representativas, estatales y municipales, y su existencia se justifica en la medida que año a año transfiera sus competencias hasta que desaparezcan de hecho, aunque sigan sus nombres (Poderes Públicos Estatal y Municipal) apareciendo en la Constitución. El control de estas empresas, las tiene el Poder Público Nacional, específicamente el Poder Ejecutivo, en la cabeza de un Ministerio.

El *DL* está **compuesto de dos Capítulos**, el primero **Disposiciones Generales** con cinco artículos y el segundo Capítulo **De los Sujetos y Formas de Transferencias** con treinta y un (31) artículos repartidos en diez (10) secciones, para un total de treinta y seis (36) artículos, tres (3) Disposiciones Transitorias y una (1) Disposición Final.

De todo su texto concentraré el análisis en las finalidades esenciales⁹, los principios y valores que lo rigen, las definiciones que se aplican, y lo que significa la transferencia.

En cuanto a las finalidades, del *DL* las describe así:

1) “...Garantizar la participación de los Consejos Comunales, Comunidades, Organizaciones Socioproductivas bajo régimen de **Propiedad Social Comunal, Comunas y demás formas** de organización del **Poder Popular** en la formulación de propuestas de inversión, así como la **ejecución, evaluación y control de obras, programas y servicios públicos** en su ámbito territorial;

2) “Establecer mecanismos de gestión comunitaria y comunal de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos...”;

3) Promover la participación de los trabajadores y comunidades en la gestión de las empresas públicas a través de los procesos cogestionarios y autogestionarios;

4) Impulsar la creación de empresas comunales y otras organizaciones de base del poder popular a fin de promover y garantizar el fortalecimiento del **Sistema Económico Comunal, en el marco del modelo productivo socialista** y sus diversas formas de organización socio productiva, en todo el territorio Nacional...”

8 Artículo 184.3 o 184.4 y 184.5 del artículo 184 constitucional

9 Artículo 2 *DL*

Del análisis de las finalidades aparecen conceptos y materias contenidas en otras leyes, como por ejemplo la Ley Orgánica del Poder Popular, la de Propiedad Social Comunal, la que regula el Sistema Económico Comunal, todo en el marco del poder popular y el modelo productivo socialista.

En cuanto a los **Principios y Valores**¹⁰ sorprende una enumeración que abarca veinticinco (25) principios y valores, que van desde aquellos que son propios de la Administración Pública, otros coinciden con valores superiores y valores republicanos, también hay referencia a valores fundacionales (Prólogo de la Constitución), otros ni son principios ni valores, sino derechos ciudadanos.

Tiene calificaciones que nada tienen que ver con Venezuela, como Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, como incluir la **preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales** (aún a costa de anular los individuales) y la **ética socialista**, cuando la ética constitucional se caracteriza por no tener calificación.

Ahora bien, donde se define la ideología política del *DL* es al momento que precisa **las Definiciones**; así, la Comuna es el espacio privilegiado para el ejercicio de la democracia participativa (regulada en la Ley Orgánica de las Comunas), obligando por esta vía a incorporar una organización territorial distinta a las de rango constitucional.

Otra definición del *DL* es la del **Sistema Económico Comunal** como "...el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, **desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público, o por acuerdo entre ambos**, a través de organizaciones socioproductivas bajo formas de propiedad social comunal", con ello se busca implantar un régimen socioeconómico completamente diferente al consagrado en la Constitución.

Este *DL* se aparta y contradice a la Constitución de la República que concibe **el sistema socioeconómico como la confluencia entre el Estado y la iniciativa privada**¹¹ con fines específicos, y para ello están obligados a compartir su responsabilidad del desarrollo nacional, de allí que los componentes de intervención pública no puedan limitar los derechos económicos al punto de desnaturalizarlos.

El Estado democrático y social de Derecho y de Justicia contiene la determinación de **un sistema económico de carácter mixto y que es la economía social de mercado**, la cual queda negada por la Ley Orgánica del Poder Popular y por este *DL*, pues les niega a las organizaciones sociales y económicas que se funden en la propiedad privada, como igualmente queda negada para los emprendedores que quieran participar en la gestión de los servicios, sin someterse a las formas de organización socialista.

Por tanto, si nos atenemos al objeto del *DL* éste no busca descentralizar competencias asignadas a los entes políticos territoriales, sino transferir **la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos**; pero cuando pasamos al contenido de la definición de Transferir Competencias dice todo lo contrario:

10 Artículo 4 DL

11 Artículo 299 constitucional

“Artículo 5.

...

3. **Transferencia de competencias:** Proceso mediante el cual las entidades político territoriales **restituyen al Pueblo Soberano**, a través de las comunidades organizadas y las organizaciones de base del poder popular, aquellos servicios, actividades, bienes y recursos que pueden ser asumidas, gestionadas y administradas por el pueblo organizado...”

Ahora sostener que lo que logran las comunidades organizadas por medio de este texto legal, es recuperar lo que estos poderes político territoriales le han usurpado, contraría directamente la Constitución al obligar a la población a rechazar el cumplimiento del mandato constitucional de que sus representantes electos, el presidente de la República, Diputados a la Asamblea Nacional, Gobernadores, Diputados a las Asambleas Legislativas, Alcaldes y Concejales, están investidos por elección popular y recibido el mandato de representarlos (soberanía ejercida indirectamente de acuerdo al artículo 5 constitucional) para que trabajen por y para ellos (el pueblo), dejando abierta la vía para los que quienes deseen gerenciar servicios descentralizados atribuidos a los poderes de los estados o de los municipios, o aquellos que éstos hubieran recibido (descentralizados) del Poder Público Nacional¹², puedan ser desempeñados por la sociedad organizada. (Artículo 184 constitucional)

Por otra parte se insiste en la violación a la Constitución cuando el *DL* define el proceso de transferencia así:

“Artículo 20. El proceso de transferencia es el mecanismo mediante el cual los órganos y entes del Poder Público Nacional y las entidades político territoriales **restituyen a los sujetos de transferencia la gestión y administración de los servicios actividades, bienes y recursos que detentan en las materias, establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.**

Se realizará de acuerdo a las fases y demás elementos operativos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, su Reglamento, y **por los lineamientos que a tal efecto dicte el Consejo Federal de Gobierno.**

Ciertamente el contenido de este artículo es declarativo; parte del principio que todo lo que hacen los Poderes político territoriales, nacional, estatal y municipal, le corresponde hacerlo originariamente a los sujetos de transferencia de la gestión y administración de los servicios **actividades, bienes y recursos que detentan en las materias, establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.**

Lo cierto es que previamente al aprobar el pueblo la Constitución como soberano decidió entregar al Poder Público (Nacional, estatal, municipal y al Consejo Federal de Gobierno) las competencias que se consagran en la Constitución, y por eso al elegir a sus representante, lo hacen para que respondan por los servicios y garantía de sus derechos.

De manera que esta estructura de poder se la dio el pueblo a sí mismo y no puede ahora por una ley, de rango inferior a la Constitución, decir (un poder delegado como es en este caso el que detentaría el Poder Ejecutivo al dictar este cuerpo normativo) “quiero entregarles sus competencias de vuelta”.

Es por eso que los particulares por muy organizados que estén no pueden responder solos ante otros ciudadanos, sea en salud o educación por poner un ejemplo, por eso la propia Constitución crea los mecanismos y exigencias para que efectivamente sea los Estados y los

12 Artículos 157, 158 y 184 constitucional

Municipios quienes descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos organizados los servicios para que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos y promover así la participación.¹³

Conclusión: estamos ante un *DL* como un ejemplo más de la fábrica de “leyes”, que en realidad no son tales¹⁴, pero que permiten coartar la libertad y autonomía de ciudadanos y regiones y cercan el territorio en parcelas cada vez más pequeñas, primero para lograr todo el control de la ciudadanía y luego instaurar la sumisión y vigilancia de sus acciones por otros ciudadanos.

13 Artículo 184 constitucional.

14 Ver Henrique Meier. “El Estado como fábrica de leyes”. www.soberania.org