

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2008

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández

*Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*. A. Principio de Supremacía Constitucional y de Soberanía. Inejecutabilidad de decisiones de Órganos Jurisdiccionales Internacionales establecidos en Tratados suscritos y ratificados por la República. 2. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Constitución: Lagunas Axiológicas (Juez Constitucional). B. Ley: Fraude (elementos constitutivos).

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen de los Derechos Humanos: Desconocimiento del rango supraconstitucional de los Tratados y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. *La garantía de acceso a la justicia: Intereses colectivos y difusos*. B. Presunción de inocencia. C. Garantía del debido proceso. Principio del doble grado de jurisdicción. 3. *Derechos Sociales y de las Familias*. A. Protección de niños, niñas y adolescentes. a. Adopción internacional. b. Rectificación de partidas. 4. *Derechos Laborales: Irrenunciabilidad*.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *El Poder Judicial*. A. Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje. B. Régimen de los Jueces. Inhibición. C. Tribunal Supremo de Justicia. a. Competencia: Enjuiciamiento de altos funcionarios (Antejudio de mérito). b. Administración de Justicia. Criterios jurisprudenciales. 2. *El Poder Estatal*. A. Gobernadores: Postulación. 3. *El Poder Municipal*. A. Alcaldes: Postulación.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*. A. Vicios. Consecuencias: Nulidad Absoluta.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Objeto. Actos de Efectos Particulares. Caducidad. B. Motivos. Cuestiones de orden procesal. Acumulación de Causas: Procedimiento. C. Admisibilidad: Documentos fundamentales. D. Pruebas. Vicio de silencio de pruebas. E. Sentencia. a. Ampliación. b. Condenatoria en costas: Exención a la República y otros entes públicos. 3. *Recurso de Interpretación sobre textos legales: Competencia. Alcance*. 4. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. Recurso Contencioso Electoral: Legitimación. Intervención de terceros verdaderas partes.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Legislador positivo (labor integradora). B. Sentencia. Aclaratoria. 2. *Recurso de interpretación constitucional*. 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 4. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Admisibilidad: Inepta Acumulación de Pretensiones.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*

A. *Principio de Supremacía Constitucional y de Soberanía. Inejecutabilidad de decisiones de Órganos Jurisdiccionales Internacionales establecidos en Tratados suscritos y ratificados por la República*

TSJ-SC (1939)

18-12-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008.

El preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” (artículo 7 constitucional).

Véase página 89 de esta *Revista*

2. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Constitución: Lagunas Axiológicas (Juez Constitucional)*

TSJ-SC (1684)

4-11-2008

Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales

Caso: Juan Eduardo Giménez Colmenares (Interpretación artículo 266, cardinal 3 de la Constitución).

...La presente solicitud de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el contenido y alcance del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, este órgano jurisdiccional, en sentencia N° 1.309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), manifestó su intención de explicar el sentido de la interpretación constitucional, en atención al postulado del artículo 335 de la Carta Magna, para lo cual precisó la noción y alcance de su propia potestad interpretativa, señalando al respecto lo siguiente:

“...La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonforme Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, París, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

(...)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad. Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 eiusdem prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación, y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (jurisprudencia obligatoria). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera jurisdatio, en la medida que se declara erga omnes y pro futuro (ex nunc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdatio es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función monofiláctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte de la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdicatio y la jurisdatio y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdatio, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental...”.

...En efecto, al omitir la referencia a los delitos políticos, la conclusión por argumento “*a contrario sensu*” es que el Constituyente dispuso que solo si el delito es común corresponderá a la Sala Plena el enjuiciamiento de los altos funcionarios comprendidos en el cardinal 3 del artículo 266; mientras que si se tratare de un delito de naturaleza política deberán seguir conociendo del juicio los tribunales ordinarios. Tal conclusión es absurda.

Cabe ahora preguntarse ¿de qué alternativas dispone un juez, en este caso los Magistrados que integran la Sala Constitucional, ante una solución inconsistente, contenida en la consecuencia jurídica de un enunciado de rango constitucional que deba interpretar?

Es decir, ¿puede un juez apartarse de la solución que le ha dado el constituyente a un caso o a una acción contenida en un enunciado jurídico de rango constitucional?, o, planteado de otro modo: ¿un juez, a la hora de resolver una controversia, sólo puede aplicar el derecho según el sentido evidente de las expresiones usadas por el “legislador”, sea éste constituyente o constituido?

Esta es sin duda, una pregunta cuya respuesta no es sencilla, pues las realidades jurídicas, políticas y sociológicas que se verían afectadas por cualquiera de las soluciones que se ensayen son de la mayor entidad, como es lógico suponer. No obstante, hay una serie de premisas elaboradas con ayuda de la Teoría del Derecho, la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional desde las cuales es posible sostener que, si bien los jueces están vinculados al derecho, el propio derecho los habilita para elaborar un juicio en caso de incongruencia, inconsistencia o falta de pertinencia en una norma, y corregir dicha situación.

En primer lugar, a tal fin habría que afirmar la potestad que tienen los jueces de corregir una falta de previsión normativa o apartarse de la solución dada por el legislador ante su evidente injusticia o incoherencia. Tal declaración no es pacífica en la doctrina, como bien puede suponerse, visto que hay autores que no reconocen en los jueces tal posibilidad, partiendo en su mayoría de la distinción entre dos actividades que estiman distintas y contradictorias. Ellos se refieren, por un lado, a la actividad judicial de “aplicar derecho” y, de otro lado, a la actividad de “resolver conflictos jurídicos”. Dichos autores consideran que el juez sólo está llamado a “aplicar el derecho” y no a “resolver conflictos”, de lo que se sigue que en caso de lagunas normativas y de lagunas axiológicas, el juez debe declarar, en el primer supuesto, que no tiene nada que decidir, pues no hay una norma que prevea el conflicto planteado; y, en el segundo, no le restaría más que aplicar la norma tal cual fue prevista, sin atender a su injusticia o incoherencia.

Frente a tal postura se encuentra la que sí admite la posibilidad de que los jueces, ante la ausencia de norma aplicable, o ante la incoherencia de la solución que una norma contiene, resuelva integrar el derecho en ambos casos. Los autores que sostienen esta postura traen a colación la distinción que formuló Hart entre *normas primarias* y *normas secundarias*.

Las *normas primarias* tendrían como destinatarios a los particulares, e impondrían conductas u otorgarían potestades a dichos particulares; por su parte, las *normas secundarias* “...establecen qué contenido deben tener o tendrán las decisiones dictadas por la Administración Pública o por los jueces en determinados casos...” (Vid. R. Hernández Marín, *op. cit.*, p. 98).

Estos autores establecen que si no existe una norma primaria o ésta es incoherente (pues su solución no es pertinente con su supuesto de hecho), podría haber una *norma secundaria* que ordenara al juez resolver el conflicto. Ponen como ejemplos normas tales como la contenida en el artículo 19 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual impone al juez la obligación de decidir, no obstante que no exista norma aplicable, o esta sea contradictoria, deficiente, ambigua u oscura.

Como corolario de estas consideraciones es que se admite que “...también los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas...” (Bulygin), o que “...dado que los sistemas jurídicos no están sólo compuestos por reglas primarias, sino también por reglas secundarias que establecen –entre otras cosas– deberes sobre los jueces, la pregunta acerca de qué debe hacer un juez (ante tales lagunas) admite un análisis descriptivo a la luz de las reglas secundarias...” (Rodríguez) (Vid. Atria, Bulygin y otros, *Lagunas en el Derecho*, pp. 43 y 154).

Siendo así, lo correcto es admitir que el juez no está atado de manos frente a una posible incoherencia o inconsistencia por parte del legislador.

Obviamente, debe destacarse que la Constitución, es la norma fundamental (tanto desde un punto de vista político como sociológico); la norma suprema (en la medida en ella están fundadas las bases del sistema político y de la relación de los ciudadanos con el Estado); y que, aparte de ello, es norma suprallegal por excelencia (en vista de que todas las restantes disposiciones jurídicas que forman el ordenamiento le son tributarias). No obstante todo ello, dicho texto no deja de ser obra humana, y en tal sentido es, por una parte, susceptible de contener disposiciones que estén en contradicción (antinómicas), o cuyos enunciados dupliquen o repitan expresiones normativas (redundancias), o, de otra parte, contenga normas cuyos términos dificulten conocer a qué hechos o conductas se refieren (lagunas de conocimiento), o que adolezcan de vaguedad o ambigüedad manifiesta (lagunas de reconocimiento), o carezca de soluciones para un conjunto de acciones que amerite un tratamiento normativo (lagunas normativas) o que, habiendo dado solución, dicha solución no se corresponda con la naturaleza de las acciones o conductas reguladas (lagunas axiológicas).

B. *Ley: Fraude (elementos constitutivos)*

TSJ-SE (175)

3-11-2008

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: José Gregorio Muñoz Parra vs. Consejo Nacional Electoral

La Sala Electoral advierte que la postulación del ciudadano Eduardo Lapi como candidato al cargo de Gobernador del estado Yaracuy, cumple con los elementos constitutivos de un fraude a la ley, a saber: a) una norma jurídica, cuya imperatividad eludida hiere o vulnera el orden público; b) la intención de eludir su aplicación; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo.

En cuanto al tercer planteamiento, relacionado con el interés de los recurrentes, es menester señalar que la legitimación que se exige para interponer el recurso contencioso electoral, está consagrada en términos bastante amplios en el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al incluir como eventuales accionantes al ente rector del Poder Electoral, a los partidos políticos, a los grupos de electores y a toda persona que tenga interés en ello, situación que evidencia que el Legislador no calificó el interés requerido para intentar el recurso, de lo que se infiere que basta un simple interés para proponerlo.

En el caso presente, basta la condición de elector en el estado Yaracuy para impugnar la postulación de cualquier candidato que aspire a la gobernación de esa entidad federal, razón por la cual se desestima la delación formulada a este respecto, y así se decide.

Respecto al cuarto planteamiento, esta Sala debe señalar que los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible, no son otros que los antecedentes administrativos, los cuales son requeridos con anterioridad al examen que sobre la admisión

efectúa el Juzgado de Sustanciación, sin perjuicio, claro está, de que el recurso pueda admitirse en casos de urgente tramitación. Además, el acto impugnado es de los que debe necesariamente publicarse en la *Gaceta Electoral*, situación que lo hace del conocimiento público.

En adición a todo lo expuesto, es preciso señalar que en aplicación del principio *pro actione*, la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las demandas debe hacerse en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la justicia. De lo contrario, se generaría una violación directa al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional.

Respecto al fondo del asunto, la Sala Electoral observa que el primer argumento de los recurrentes está relacionado con la situación fáctica en la que se encuentra el ciudadano Eduardo Lapi respecto al proceso electoral que se celebrará el próximo 23 de noviembre de 2008, esto es, que dicho ciudadano es prófugo de la justicia desde el 1° de abril de 2007 y que, desde el 25 de enero de 2008 no se encuentra en el territorio de la República sino en Perú, quien le otorgó asilo territorial. En tal sentido, explicaron que Eduardo Lapi se fugó del centro de reclusión de San Felipe, para evitar la aplicación del orden jurídico, autoexcluyéndose del ejercicio de sus derechos políticos y demás actos de soberanía, en virtud de lo cual consideran que no puede ser candidato a la gobernación del estado Yaracuy.

Sobre el particular, es necesario reconocer que la situación en la que se encuentra el candidato Eduardo Lapi corresponde al conocimiento público, de suerte que no amerita prueba alguna. En efecto, es por todos conocidos que el Ministerio Público dio inicio a la investigación penal contra el ciudadano Eduardo Lapi, por la presunta comisión de diversos delitos contra el patrimonio público.

También es un hecho público, que luego de la detención del ciudadano Eduardo Lapi, el Juzgado de Control 2 del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, decretó medida de privación preventiva de libertad por la imputación de los delitos de tráfico de influencias, evasión de procedimientos licitatorios y concierto de funcionarios públicos para favorecer a contratistas, estableciendo a este respecto como sitio de reclusión el Centro Penitenciario de Yaracuy, ubicado en la ciudad de San Felipe.

Igualmente, es un hecho público que el 1° de abril de 2007 el ciudadano Eduardo Lapi se evadió en horas de la madrugada del Internado Judicial de San Felipe, presuntamente a través de los ductos del aire acondicionado, conociéndose luego que la República del Perú otorgó asilo territorial al ciudadano Eduardo Lapi.

Así las cosas, es evidente que la postulación de Eduardo Lapi persigue eludir, en caso de resultar electo, el cumplimiento de los actos dictados por los órganos del Poder Judicial, en especial la medida de privación preventiva de libertad a que se refiere el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal. Ello, a pesar de que artículo 131 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“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”.

De modo que el ciudadano Eduardo Lapi, al evadirse del Internado Judicial de San Felipe, no hizo otra cosa sino incumplir con su deber constitucional de acatar las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dictaron los órganos del Poder Judicial, pretendiendo ahora valerse de otras disposiciones de índole constitucional (*en especial las que consagran el derecho al sufragio*) para sortear las obligaciones que le impone la Constitución.

Se trata de un fraude a la ley, entendido éste como la situación en la que se pretende evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa al sujeto de que se trate, amparándose en otra u otras normas jurídicas que le permiten sortear las obligaciones que le impone la norma vulnerada. En tales casos, los actos realizados al amparo de una norma jurídica que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. De allí que la sanción al fraude es la aplicación de la norma burlada.

A propósito del fraude a la ley, el autor Jesús González Pérez señala que el mismo existe siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por norma que responde a una finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan. (*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 3ª Edición, Civitas, Madrid /España, 1999, pp. 27 y ss).

A este respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 2361 del 03 de octubre de 2002 (Caso: *Municipio Iribarren del Estado Lara*), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, señaló respecto al fraude a la ley, lo que se indica a continuación:

*“El fraude a la ley se caracteriza por la circunstancia de que se respeta la letra de la ley, mientras que, de hecho, se trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad con medios indirectos (Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad: Santiago Sentís Melendo. Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 480), haciendo que opere una norma jurídica con la finalidad de evitar la aplicación de otra.*

*Constituye un modo de violación de la ley, un proceso técnico de violación indirecta, in fraudem agere, diverso de la violación directa, contra legem agere, ya conocido desde el derecho romano y que perdura hasta hoy en los varios ramos del derecho, especialmente en el derecho público (por ejemplo, nacionalidad y servicio militar), fiscal, electoral, civil (familia, bienes muebles, contratos, sucesiones) y del trabajo (Valladao, Haroldo Texeiro. *Derecho Internacional Privado. Introducción y parte general*. Ed. Trillas, México, 1987, p. 591). Ya Paulo en el Digesto (citado por Cabanellas, Guillermo. *Repertorio Jurídico*, “Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1973, p. 10) expresaba **contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; infraudem vero, qui salvis verbis, sententiam ejus circumvenit**, vale decir, obra contra la ley quien hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, quien salva sus palabras pero elude su sentido.*

*Se requieren tres elementos en el fraude a la ley: a) una norma jurídica imperativa u obligatoria, cuya imperatividad eludida hiera o vulnere el orden público, cause o no perjuicio a terceros; b) la intención de eludir su aplicación, elemento subjetivo que constituye el fin fraudulento; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, creando las condiciones para, formalmente, neutralizar los efectos de la regla obligatoria y obtener, por otra vía, el resultado contrario a derecho o antijurídico (Zannoni, Eduardo. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 359-361, fundamentándose básicamente en Ghestin, Jacques-Gobeaux, Giles. *Traité de droit civil*. “Introduction generale”, N° 748, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, p. 630 y ss.)*

Aguilar Navarro (citado por Guzman, Diego y Millan, Marta. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Jurídico de Chile, Santiago de Chile, 1973, p. 670) agrega que:

...el fraude comienza por caracterizarse como una evasión legal realizada de acuerdo a una concreta técnica. Se califica una actuación de fraudulenta, legalmente hablando, cuando el individuo elude el cumplimiento de una norma que le resulta embarazosa, apoyándose en la protección -una coartada- que le puede dispensar otro precepto legal, que se utiliza tan sólo como instrumento para escapar de la sanción que se desencadenaría de incumplir abiertamente la norma. En conclusión: en el fraude existe una aplicación indebida de una norma

con el propósito de dejar sin cumplimiento el precepto que por naturaleza correspondía acatar, sin incurrir en las sanciones previstas por la norma incumplida. En el fraude se combina un resultado y una técnica. El resultado es la no observancia del precepto, y la técnica es la artificial y anormal utilización de una norma para eludir las consecuencias de esa inobservancia”.

Cabe señalar, que el fraude a la ley es una figura de gran trascendencia jurídica dado su carácter multidisciplinario, pues, tiene eficacia y aplicación en todos los ámbitos y ramas del derecho, incluso en el ámbito electoral. De modo que la utilización de las leyes con fines diversos a los que constituyen su naturaleza, podrá considerarse fraude, y por ende, podrá tenerse como ilegal o inconstitucional el acto constitutivo del mismo, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este órgano jurisdiccional.

Bajo este marco conceptual y jurisprudencial, la Sala Electoral advierte que la postulación del ciudadano Eduardo Lapi como candidato al cargo de Gobernador del estado Yaracuy, cumple con los elementos constitutivos de un fraude a la ley, a saber: a) una norma jurídica, cuya imperatividad eludida hiere o vulnera el orden público; b) la intención de eludir su aplicación; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo.

En efecto, la norma burlada no es otra que el artículo 131 constitucional, que establece el deber de todas las personas de acatar las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público. La intención de eludir su aplicación se ha hecho pública por distintos voceros que respaldan su candidatura. Muestra de ello es la afirmación contenida en el escrito presentado por el apoderado judicial del ciudadano Eduardo Lapi, cuando señala lo que se copia de seguidas:

*“... Conviene recordar, los precedentes de Modesto Freites, quien resultó electo gobernador estando encarcelado; la elección del ex presidente de la República, Carlos Andrés Pérez, David Nieves y Salom Meza Espinoza, quienes privados de su libertad fueron postulados como candidatos por su respectivas organizaciones políticas, **con el explícito propósito de rescatarlos de la prisión.***

(...)

*Ninguna marramucia jurídica fue intentada para bloquear las candidaturas y posterior victoria de los postulados, menos, podrá pensarse que EDUARDO LAPI estando asilado, cuya protección es reconocida ope legis por mandato constitucional **no pueda postularse a un cargo de elección popular como al que resultó admitido...**”.*

No obstante, aun cuando la afirmación anterior evidencia el propósito que persigue la postulación de Eduardo Lapi, esto es, “rescatarlo de la prisión”; es menester advertir que los casos antes citados difieren radicalmente del suyo, por cuanto los ciudadanos arriba mencionados estaban en prisión, mientras que el ciudadano Eduardo Lapi se evadió de la misma, incurriendo flagrantemente en el delito de fuga previsto en el artículo 259 del Código Penal. Dicho en otros términos, mientras aquellos ciudadanos cumplían con las órdenes dictadas por los órganos del Poder Judicial, el candidato impugnado pretende evadir tales órdenes. Por lo que resulta inaceptable la comparación de ambas situaciones. En cuanto al tercer elemento, esto es, la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, está representado en el proceso electoral que se celebrará el próximo 23 de noviembre de 2008, a través del cual el ciudadano Eduardo Lapi pretende obtener el cargo de Gobernador del estado Yaracuy.

Siendo ello así, resulta forzoso concluir que el ciudadano Eduardo Lapi no puede ser candidato, pues, ello se haría en fraude a la ley, y no precisamente de cualquier ley, sino de la ley suprema: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; siendo obligación de todos los Jueces o Juezas de la República, asegurar la integridad de la Constitución, por disposición expresa de su artículo 334.

Por tales razones, la Sala Electoral estima que la postulación del ciudadano Eduardo Lapi es ilegal, al hacerse en fraude a la ley, pues la misma tiene por objeto un resultado contrario al ordenamiento jurídico, esto es, eludir la obligación a que se refiere el artículo 131 constitucional, respecto a las decisiones que han dictado los órganos del Poder Judicial con motivo del proceso penal que se inició en su contra por la presunta comisión de diversos delitos contra el patrimonio público, y así se decide.

TSJ-SC (1806)

20-11-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Eduardo Cateno Lapi (Solicitud de Revisión Decisión N° 175 del 3-11-2008, de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia).

El juez debe ser racional, es decir, debe actuar conforme a principios y reglas, pero al mismo tiempo debe ser razonable, esto es, ubicarse en un plano contextual más amplio, en el que tengan cabida consideraciones de orden valorativo, tales como las de justicia, paz social y sana convivencia. Dentro de este contexto, la Sala declara un fraude al ordenamiento jurídico la evasión de la cárcel del ciudadano Eduardo Lapi y su posterior postulación a un cargo de elección popular.

La vía extraordinaria de revisión ha sido concebida como un medio para preservar la uniformidad de la interpretación de las reglas y principios constitucionales, o para corregir graves infracciones a sus principios o reglas (*cf.* sents. 1760/2001 y 1862/2001). Su extraordinariedad justifica la manera selectiva con que se juzga la admisibilidad de las solicitudes interpuestas, pues la Sala no está vinculada a las peticiones que se hagan en este sentido (*cf.* sent. 44/2000, caso: *Francia Josefina Rondón Astor*).

En este caso, la solicitud de revisión constitucional plantea que la decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia desconoció las normas constitucionales que garantizan el ejercicio de los derechos políticos, y en particular, fue obviado el artículo 65 de la Constitución. Se afirma que sólo la circunstancia de haber sido condenado por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones limita el ejercicio activo al sufragio. Por tanto, el hecho de que el ciudadano Eduardo Lapi se hubiese evadido del establecimiento penitenciario en el que fue recluido como cumplimiento de una orden judicial, no es razón admisible para declarar que se cometió un fraude constitucional, y mucho menos un delito; en consecuencia, la decisión objeto de revisión violó los derechos constitucionales del ciudadano Eduardo Lapi a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la defensa, al sufragio activo y a ser condenado sólo en caso de que la conducta desplegada estuviese prevista como delito en una norma que preexistiera el hecho cometido.

Sin embargo, luego de una atenta lectura de la decisión objetada, la Sala estima que la denuncia presentada carece de fundamento.

A fin de justificar esta apreciación, van destinadas las siguientes consideraciones:

La tarea que les corresponde ejecutar a los jueces no es sencilla. Sobre ella gravitan enormes dificultades. Para afrontar y salir airosos de esas dificultades, el juez debe estar provisto de una serie diversa de habilidades, facultades y conocimientos. De igual modo, debe estar provisto de unas determinadas cualidades personales. Debe tener el temple y el carácter necesario para no dejar que lo persuadan razones ajenas a la naturaleza del asunto debatido, y debe tener la voluntad para tomar decisiones que estén conformes con la razón y

con su conciencia, para interpretar la producción normativa garantizando el núcleo esencial de los derechos fundamentales. (Ferreya, Raúl: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Edar, Buenos Aires, 2003, p. 275).

Al mismo tiempo, debe mostrar sensibilidad ante los requerimientos de la justicia. En este sentido, le corresponde examinar los intereses en juego, escrutar los motivos que animan a los contendientes, ubicar estos intereses y motivos en el plano de los valores que subyacen a la relación jurídica que les vincula, ponderar estos valores y decidir lo que más se ajusta al horizonte de sentido en el que tales valores se ubican.

Por otra parte, el juez debe ser una persona cultivada. Es obvio decir que le corresponde conocer el Derecho. Ahora bien, cabe la pregunta acerca del sentido de la expresión “Derecho” que se ha utilizado. ¿Se trataría del Derecho como norma, como ordenamiento, como justicia o como pretensión? Considera la Sala que el juez debe conocer el “Derecho” en su sentido más amplio, es decir, visto como un sistema normativo y como un sistema de procedimientos. Evidentemente, el juez debe tener nociones tanto de los conjuntos de enunciados jurídicos que integran el Derecho venezolano como de la disciplina o disciplinas jurídicas relacionadas más directamente con la competencia que el tribunal al que pertenece tiene atribuidas (sistema normativo). Al estudio de estos puntos se le denomina Dogmática Jurídica.

Como sistema de procedimiento, en el entendido de “sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas” (R. Alexy), el juez debe conocer cómo decidir, o sea, cómo resolver una controversia. Para ello debe dominar la teoría de la norma jurídica, la teoría de los cuerpos jurídicos (Leyes, Ordenanzas, Decretos) y la teoría del sistema jurídico, pues a la hora de dar solución a una controversia, debe interpretar los enunciados jurídicos, entender la relación entre las fuentes del derecho y las relaciones lógicas entre las normas. A todos estos puntos se les tiene como pertenecientes a la Teoría General del Derecho. En fin, respecto del Derecho Constitucional éste presenta los mismos problemas de las dimensiones precitadas, como conceptualización de género.

Tanto la Dogmática Jurídica como la Teoría General del Derecho son instrumentos para un objetivo: la solución de un caso concreto.

Pero al mismo tiempo, la labor del juez exige que esté al tanto de los estudios filosóficos y sociológicos que han tenido como objeto el examen del Derecho. Se trata de la Filosofía del Derecho, con sus aspectos ontológico, gnoseológico y, particularmente, axiológico; y la Sociología Jurídica. Estos son necesarios por la misma razón que las disciplinas mencionadas anteriormente: para resolver las controversias.

Una tarea que está integrada en el proceso de solución de controversias es el de la aplicación de la norma jurídica. Algunos autores incluso han llegado a afirmar que la función del juez acaba con la mera aplicación de enunciados jurídicos. Esto fuera parcialmente cierto si en todos los casos la norma jurídica a aplicar estuviese dada en sus elementos fundamentales. Se advierte que sería parcialmente cierta esta afirmación si no fuera porque también en estos casos al juez le corresponde interpretar la norma jurídica según su texto y su contexto, es decir, no sólo la aplica o la subsume al caso sino que contribuye a su concreción. Por eso el juez no es un autómatas, ni la actividad jurisdiccional una maquinaria (Ferreya, *Op. Cit.*, p. 54). Así, se considera que el juez crea derecho. Pero en otros casos al juez le corresponde construir la norma. Por ello se hizo la distinción entre “aplicación” y “solución de controversias”, debido a que cuando no existe la norma, cuando se advierte una laguna, o cuando la norma que existe es inconsistente, la actividad del juzgador asume la elaboración de la nor-

ma, en virtud de que su cometido no es meramente técnico sino finalista. El juez no sólo tiene competencias, sino funciones. Se quiere decir con ello que el juez le cumple alcanzar un objetivo. El cumplimiento de ese objetivo le impone ser proactivo. Debe resolver el caso, y resolver un caso supone o la concreción de una norma jurídica o la creación de ella. Así, Fuller afirma que “*la interpretación normativa, legal, no es, pues, una simple traducción de los elementos formales que el legislador emplea*”; sería, en cambio, “*un proceso que busca ajustar la ley a las necesidades y valores implícitos de la sociedad que ha de regir*”; en tal sentido, “*ninguna norma jurídica promulgada resulta totalmente ‘creada’*” (L. Fuller, *Anatomía del Derecho*, p. 107).

A la actividad de construir la norma jurídica se le ha denominado integración del Derecho. También se le conoce como creación judicial del Derecho. Los estudios de Filosofía del Derecho son los que han contribuido en mayor medida a aclarar el fenómeno de la contribución del juez en la elaboración de la norma jurídica. Sin embargo, también desde la Dogmática Jurídica o de la Teoría General del Derecho se han elaborado algunas explicaciones. Muchos son los caminos que se han tomado para esclarecer este fenómeno. En algunos casos se dice que es el propio ordenamiento jurídico el que manda al juez a integrar el derecho, por lo que se trataría de una actividad que se explica desde el ordenamiento mismo. Según esta postura, el ordenamiento se integra con arreglo a normas propias (*analogía legis*) o bien con los principios generales del Derecho (*analogía iuris*). Ejemplo de ello serían los enunciados contenidos en el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil (que prohíbe la denegación de justicia) y en el segundo párrafo del artículo 4º del Código Civil (que autoriza el uso de la analogía y del recurso a los principios generales del derecho). El Derecho así debe ser visualizado como prescripción normativa: porque es un sistema que posee fuerza para hacerse cumplir y/o corregir, en la medida de lo posible, las consecuencias de su incumplimiento (Ferreyra). Otro camino plantea la posibilidad de que, ante la ausencia de una norma sujeta a aplicación, se apele a prescripciones contenidas en sistemas normativos distintos al derecho, como lo serían el moral, el religioso o el convencional.

La Sala ha hecho uso de algunos de estos recursos, y en consecuencia, avala la utilidad de los mismos. Sin embargo, considera que para responder adecuadamente a la pregunta acerca del alcance de la función que desempeñan los jueces, habría que ubicar esta tarea en el horizonte del quehacer cultural del hombre.

En tal sentido, debe señalarse que, si bien la existencia humana supone un entorno físico, lo que implica una aclimatación o adaptación al ambiente que lo circunda, a un mismo tiempo, y a diferencia del resto de los animales, el ser humano hace uso de su conciencia y de su razón para proyectar su vida en pos de la realización de metas, fines y propósitos más allá de la satisfacción de necesidades básicas (alimentación o procreación, por nombrar sólo dos).

Lo que distingue al ser humano sería su “*...capacidad de poner, mediante la conciencia intencional, lo posible más allá de lo necesario, lo abierto por encima de lo cerrado*”; lo que define a la especie humana sería “*su capacidad de ‘superar las estructuras creadas para crear otras nuevas’*” (Bilbeny, N., *Aproximación a la Ética*, p. 21). “*Comparado con el animal, que dice siempre sí a la realidad, incluso cuando la teme y rehúye, el hombre es el ser que sabe decir no, el asceta de la vida, el eterno protestante contra toda mera realidad*” (Max Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, p. 72).

Estas metas, fines y propósitos están signados por una visión de desarrollo personal y social, de progreso y de logros. Al mismo tiempo, tales metas, fines y propósitos se fijan conforme a valoraciones. Es decir, se eligen y deciden mediante el uso de criterios de valoración, criterios de preferencia o criterios de pertinencia.

Un medio que el hombre ha encontrado adecuado a la normalización de su entorno, a la solución de conflictos y a la consecución de sus objetivos, es el de fijar, estabilizar y normalizar su conducta, previamente valorada, a través de la imposición a sí mismo de normas. Se ha escrito que “*en los animales no humanos estos conflictos pueden zanjarse sencillamente mediante disposiciones naturales de segundo orden*”, pero en nuestro caso “*tenemos que arbitrar de algún modo estos conflictos para obtener un sentido de la vida razonablemente coherente y continuo*”; para ello “*establecemos prioridades entre metas, y esto significa aceptar principios o normas duraderas*” (Mary Midgley, “El origen de la Ética”, en P. Singer (ed.), *Compendio de Ética*, p. 37). Estas normas surgen en el marco de unos sistemas, y entre los más importantes de los sistemas normativos encontramos el moral y el jurídico.

Pero visto que tales sistemas responden al objetivo de desarrollo y progreso del ser humano, y siendo que los mismos nacen y se desarrollan a la par de su hacer cotidiano, es decir, no se construyen ni surgen de una vez y para siempre ni de modo aislado, sino más bien en estrecha vinculación con los problemas a superar y las metas a alcanzar, es natural que existan lazos evidentes entre tales sistemas. La prohibición de quitarle la vida a otro ser humano, por poner sólo un ejemplo, ha sido, simultánea o alternativamente, objeto de prescripciones religiosas, morales y jurídicas. La prohibición de laborar en día domingo impuesta por algunos ordenamientos jurídicos, así como el disfrute de ciertos días festivos, responden, sin lugar a dudas, a la influencia de las creencias religiosas. Por su parte, la despenalización de ciertas conductas se hace desde una reflexión de orden jurídico que termina influyendo en la conciencia moral del conjunto de los miembros de la sociedad.

Tal como Hart dejó constancia en un estudio sobre el positivismo, ni Bentham ni Austin, “*negaron nunca la coincidencia frecuente entre los dos órdenes normativos*”; por el contrario, siempre “*señalaron cómo las prescripciones jurídicas a menudo expresan principios morales; y cómo los propios tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo a lo que consideran mejor y más justo desde el punto de vista moral*” (F. Salmerón, “Sobre moral y derecho-Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, en R. Vázquez (Comp.), *Derecho y Moral*, p. 82). Sin embargo, una cosa es demostrar la convivencia, y hasta la correspondencia, del orden moral y el jurídico, y otra es explicar lo que hace el juez con su conocimiento de tal influencia o de tales normas.

A este propósito debe resaltarse que la labor judicial, visto que está enmarcada en el objetivo del progreso del ser humano, debe hacer uso de diversos recursos y medios para contribuir al logro de este objetivo. En primer lugar, de los instrumentos asociados naturalmente a ella, como lo serían las propias normas jurídicas puestas por los órganos legislativos.

Sin embargo, en el examen y aplicación de tales normas, el juez se encontrará con obscuridades y ambigüedades. En tal caso, debe aclarar correctamente los términos de la ley a la luz de su texto y su contexto.

En el contexto de la norma se encuentran, por supuesto, otras normas, tanto constitucionales, legales como sublegales; pero también se encuentra el fin, el propósito o el objetivo que se quiso alcanzar mediante el establecimiento de esa norma. Éstos responden en alto grado a las valoraciones que hiciera el constituyente o el legislador de los intereses involucrados. Estas valoraciones habrían tomado muchas veces como criterios axiológicos normas morales, como quiera que dichas normas también pretenden y persiguen el desarrollo pleno y justo de las capacidades humanas. Ello es así, por cuanto “*las normas jurídicas básicas fundamentales intersubjetivamente van acompañadas –funcionalmente y también en gran medida en la realidad– por las correspondientes normas de una moral social generalmente aceptada que refuerzan aquéllas*” (N. Hoerster, “Ética jurídica sin metafísica”, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y Filosofía*, p. 135).

En consecuencia, como bien expresaría el Tribunal Constitucional alemán, “El derecho no es idéntico con la totalidad de las leyes escritas”, ya que, frente a las enunciados jurídicos escritos puede haber un conjunto de normas “que tiene su fuente en el orden jurídico constitucional como un todo de sentido, y que puede actuar frente a la ley como un correctivo”; la tarea del juez consiste, entonces, en “descubrirlo y realizarlo en sus decisiones y fallos” (citado por R. Dreier, “Derecho y Moral”, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y Filosofía*, p. 89).

Pero también el juez, por sí mismo, podría interpretar las normas jurídicas objeto de examen a la luz de una moral crítica correctiva de la moral social, que, como producto del hombre, también adolece de fallas o inadvertencias, porque el Derecho es la razón de la fuerza que lo distingue de otros sistemas normativos dada su nota de coercibilidad, pero dentro de un paradigma nuevo en la historia de la cultura jurídica.

De igual modo, en caso de que el juez no consiguiera una norma en la cual subsumir la controversia planteada, al juez le toca elaborar la norma correspondiente. Ello en virtud de que el Derecho, enmarcado como está en el horizonte cultural del ser humano, debe contribuir al progreso y al desarrollo de la humanidad, y que tal objetivo se logra a través de, entre otros mecanismos, con la solución pacífica de los conflictos.

Con este fin, el juez le cumple, primero, pasarse por el ordenamiento jurídico propio en busca de una norma análoga, o hacer uso de su capacidad lógica para construir una regla general o un principio general del Derecho, como mejor se conoce; sin embargo, la comunión de funciones y las coincidencias históricas, harán de las normas morales un recurso más que apropiado para elaborar la norma con la cual integrar el derecho.

Incluso un positivista como Austin consideraba que, “...en las situaciones de penumbra, los jueces no pueden siempre apoyarse en analogías, sino que tienen que adaptar sus decisiones a las necesidades sociales y pueden verse llevados a crear un nuevo derecho”; el que se haya argumentado en contra del cumplimiento de esta función por parte de los jueces no provendría “de los viejos positivistas sino, en todo caso, de una visión formalista y equivocada de la tarea judicial como una empresa mecánica y poco inteligente” (F. Salmerón, “Sobre moral y derecho – Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, en R. Vázquez (Comp.), *Derecho y Moral*, p. 85).

El juez debe tener siempre en cuenta que la técnica jurídica debe estar al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano; que la técnica jurídica es un instrumento útil para alcanzar estos propósitos, pero que, en caso de insuficiencia, se impone la búsqueda de otros medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.

Debe siempre tener en cuenta que “una ley además de la estructura con que se constituye y además de las determinaciones que contiene, contiene representada una valoración jurídica” (Carlos Cossio, *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*, p. 81), y que la “corrección” del Derecho “sólo puede pensarse en términos de valor” (J.M. Delgado Ocampo, *Una Introducción a la Ética Social Descriptiva*, p. 16). Por consecuencia, en caso de ausencia de ley, debe recurrirse al acopio de normas, interpretaciones y valoraciones que la inteligencia y la razón humana han entresacado de la experiencia de siglos; siglos durante los cuales, sin duda, se han dado retrocesos y fracasos, pero en los que también se han logrado avances y éxitos.

Es por ello que la Sala, a la luz de todos estos elementos, respalda las decisiones en las que los jueces, a partir de un análisis de la situación planteada, y ante la ausencia de una regulación expresa, conscientes de su cometido, recurren al propio ordenamiento o a otros

ordenamientos en busca de la solución correcta para el conflicto que se les ha exigido resolver. La función judicial se degradaría si no se actuara de esta forma, se pondría a sí misma en contra del progreso y del desarrollo, y al final quedaría deslegitimada ante los que confían en su buen juicio. El juez debe ser racional, es decir, debe actuar conforme a principios y reglas, pero al mismo tiempo debe ser razonable, esto es, ubicarse en un plano contextual más amplio, en el que tengan cabida consideraciones de orden valorativo, tales como las de justicia, paz social y sana convivencia.

Dentro de estas consideraciones de orden valorativo se encuentran, precisamente, las que se utilizaron en la decisión que fue objeto de impugnación, referidas al acatamiento de las órdenes impartidas por los jueces aunque no nos convengan en lo inmediato, e incluso cuando nos perjudiquen; o al uso honesto de los derechos, y no a su abuso o tergiversación en pro de un fin contrario al que se fijó con ocasión de su establecimiento.

Lo que ha animado a la Sala a decir lo que queda dicho, es dejar constancia de la plausibilidad de tal decisión, de su corrección técnica y axiológica y, por último, de su coherencia a la luz de los principios y reglas constitucionales, que, como es bien sabido, propician el uso honesto de los recursos jurídicos en general, y judiciales en particular, y ordenan el cumplimiento estoico de lo que prescriban sus propias normas y las leyes y de las decisiones que se toman conforme a las mismas. Principios éstos anclados en la vida civil, pues si todos estuviésemos autorizados a violar las normas y a desobedecer a la autoridad, no habría ni autoridad ni leyes.

Es por ello que la Sala se identifica plenamente con el siguiente pasaje, que se transcribe a continuación:

“...el hombre se reconoce y se debate entre el ser y el deber-ser: entre el saber y el querer está el deber; entre la conciencia y la libertad está la ley. Mas allá de su capacidad cognoscitiva y de su grado de inteligencia, más allá de sus estructuras lingüísticas, lo que distingue al hombre sobre cualquier otro animal, es su **conciencia responsable**: el no poder eludir el imperativo del deber ante sí mismo, ante el otro y ante el mundo” (Ángel Marín Sánchez, *Introducción a la Ética y a la crítica de la Moral*, p. XIII).

En el caso planteado, la confluencia de ciertos hechos, como la evasión de la cárcel por parte del ciudadano Eduardo Lapi y su posterior postulación a un cargo de elección popular, son eventos que, vistos desde el orden jurídico penal que fue violado y desde el orden jurídico electoral que fue usado, podrían coexistir. Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que establece, tal como lo hizo la Sala Electoral, el artículo 131 de la Constitución, según el cual, 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*”.

De allí que el ciudadano Eduardo Lapi tuviese el deber de acatar la orden de privación preventiva de libertad de la cual fue objeto. Dicha decisión no contiene una advertencia o una solicitud, es, por el contrario, una orden, es decir, un acto de voluntad expresa de una institución jurídica en un sentido claro y determinado, producto de un trámite en el cual dicho ciudadano tuvo oportunidad de defenderse y alegar razones contrarias a las sostenidas por la parte acusadora.

Ahora bien, el caso es que se ha abierto la posibilidad para los electores y electoras de participar en el proceso electoral pautado para el 23 de noviembre del año en curso, en el cual se elegirán, entre otras autoridades, a los gobernadores de los Estados. La situación se planteó con ocasión de la postulación del ciudadano Eduardo Lapi, quien, de resultar ganador, se vería beneficiado por la regulación jurídico procesal penal en que consiste el antejuicio de mérito y un posible decaimiento de la orden de privación preventiva de libertad.

Es decir, por mecanismos jurídicos, el ciudadano Eduardo Lapi obtendría por derecho lo que ha logrado mediante su sola fuerza, cual es estar libre de prisión, y ello a pesar de que fue dictada una orden en contrario por parte de un juez.

Se combina así una conducta opuesta a un deber jurídico (la evasión que desconoce el Derecho), con una conducta admitida por el régimen jurídico electoral (la participación en una elección), pero, con un fin claro, la consolidación de una situación de hecho producto del incumplimiento de la normativa jurídico-penal.

Es evidente para esta Sala, que un comportamiento tal no puede justificarse en el ejercicio del derecho a la presunción de inocencia, pues dicho derecho no fue afectado con la orden judicial de prisión preventiva. Luego ¿que justificación podría darse? La Sala no advierte ninguna ni los solicitantes aducen nada al respecto.

Por el contrario, tal conducta debe ser reprochada firmemente. Ello en virtud de que si el Derecho y las órdenes que con ocasión del mismo son dictadas deben ser obedecidas, y si en vez del cumplimiento de la orden lo que se pretende es evadirla a través de mecanismos jurídicamente admitidos, se produce un fraude a los principios de acatamiento a las órdenes de la autoridad, que está en la base del Derecho como sistema regulador de conductas, y que fue recogido por el artículo 131 de la Constitución. Observa esta Sala que el fraude todo lo vicia (*Fraus omnia corrumpit*).

Pero, y al mismo tiempo, se advierte la violación a los principios de justicia y paz social que están en la base del artículo 131 citado. Es decir, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella o las acciones fraudulentas e ilícitas pueden alterar la Constitución.

Que tales principios morales sostienen la institución del Derecho y la Justicia ha sido advertido desde la Antigüedad.

Muestra de ello es el diálogo que se teje en el *Critón (Sobre el Deber)* de Platón entre Sócrates y el amigo cuyo nombre dio título a la obra. En la misma el personaje de Sócrates, quien aguarda la ejecución de la sentencia que fue dictada en su contra, intenta convencer a su amigo Critón del atentado que cometería contra las Leyes de la Ciudad y la Justicia si aceptara el plan que le propone éste de evadirse de la cárcel, y evitar así el castigo impuesto.

Sócrates argumenta mediante la formulación de una serie de preguntas, las que pone en boca de “*las Leyes*”, y ante la insistencia de Critón, le amonesta del siguiente modo:

“Míralo desde otro punto de vista: si, estando ya en el paso mismo de escaparnos de aquí, haya que llamarlo con esto o con otro nombre, llegaran las Leyes, se presentase la mancomunidad de la Ciudad y preguntaran: dime Sócrates ¿qué es lo que estas pensando hacer? ¿Que piensas con esta obra destruirnos a nosotras las Leyes y en cuanto está de tu parte a la Ciudad entera?”

Seguidamente le formula la pregunta fundamental, que al mismo tiempo es una afirmación:

“¿...crees que puede persistir sin arruinarse aquella Ciudad en que las decisiones judiciales nada puedan y en que los particulares las anulen y depongan de su señorío?”

Y ante la posibilidad de que se dijese que la sentencia fue injusta, las Leyes le preguntarían:

“¿...no convinimos nosotras y tú en acatar las decisiones judiciales por las que la Ciudad da su juicio?”

Luego Sócrates reafirma su compromiso con la Patria y las Leyes mediante la siguiente interrogante:

“¿piensas que respecto de la Patria y de las Leyes te estará permitido, caso de que nosotras intentemos deshacernos de ti por creerlo justo, que tú a tu vez atentes, en la medida de tus fuerzas, contra nosotras las Leyes y la Patria, y sobre esto digas que, haciéndolo, obras según justicia tú, el de veras gran preocupado por la virtud?”

La conclusión es ineludible, y es como sigue:

“...en guerra, en tribunal, en todas partes hay que hacer lo que manden Ciudad y Patria, o tratar de persuadirlas en lo que permita la justicia, mas no hacerles fuerza; que si no es piadoso hacérsela ni a madre ni a padre, muchísimo menos lo será hacérsela a la Patria.”

Al final, Critón, a pesar del dolor que le causaba la prisión de su amigo, queda convencido.

En esta obra, las menciones a la Justicia, a la Ciudad y a la Patria, aluden a normas que, si bien contenidas en el ordenamiento jurídico, poseen un aliento moral indiscutible. Estas mismas ideas son las que sostienen nuestro modo de vivir, nuestra convivencia social y nuestro gobierno. Estas mismas ideas son las que ha intentado subvertir con la evasión y posterior postulación del ciudadano Eduardo Lapi.

Acción de evasión que se quiere pulverizar por parte del ciudadano Eduardo Lapi con la iniciativa y participación legal en el proceso electoral del 23 de noviembre, pero en fraude a las leyes electorales, a la Constitución Nacional y, en general, al ordenamiento jurídico venezolano, al pretender en consecuencia, mediante un acto ilícito (evasión), provocar un acto lícito con plena validez, pero en fraude del orden normativo venezolano y contrario a la finalidad moral del Derecho en su dimensión epistemológica, normativa y axiológica, en el entendido de que el ordenamiento jurídico y el Derecho protegen al acto jurídico lícito y no a la conducta ilícita como es la evasión, que serviría de fundamento para crear la validez de la aceptación de la postulación del ciudadano Eduardo Lapi a la gobernación del Estado Yaracuy con la finalidad de lograr algunos beneficios en su favor; pero, como se dijo *ut supra*, en fraude a la ley ordinaria, a la Constitución y a la moral, implícita como un valor a tomar en cuenta por los jueces en el juicio de valor que emiten al momento de dictar sentencia.

Tal pretensión del ciudadano Eduardo Lapi, en consecuencia, no puede volverse un beneficio. “*Aequum est ut fraus in suum auctorem netor queatur*” – “Es justo que el fraude se vuelva contra su propio autor”.

De cuyo efecto deriva que la revisión de autos debe ser declarada en el Dispositivo que no ha lugar respecto a los ciudadanos Juan Carlos Rodríguez Alfonzo y Biagio Pilieri, e inadmisibles respecto del ciudadano Eduardo Cateno Lapi García. Así se establece.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. Como punto previo, se reitera la disidencia constante de quien se aparta del criterio prevalente en el sentido de que se requeriría facultad expresa, en los poderes judiciales, para la interposición de una solicitud de revisión constitucional:

..., la mayoría sentenciadora, en violación al principio *pro actione*, pronunció la inadmisión de la revisión por cuanto, para la interposición de una petición de revisión, sería necesario el otorgamiento de facultad expresa para ello, aún cuando tal exigencia no es requerida ni por el Código de Procedimiento Civil ni por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En razón de la inexistencia legal de tal requerimiento, este Magistrado disidente estima que para la proposición de una pretensión de revisión constitucional basta con la existencia de un poder general.

4. Como lo ha expresado quien se aparta del criterio mayoritario en otras oportunidades, el alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de los juzgamientos que han considerado el tema, es 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 eficaz 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*” (s.S.C. N° 1.064/2000, de 19 de septiembre; y, N° 97/2005, de 02 de marzo, entre otras).

Además, ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala Constitucional que la tutela judicial eficaz, de amplio contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia que establece el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino además el derecho a que, en cumplimiento con los requisitos que preceptúan las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares, dentro de un debido proceso, y resuelvan la controversia mediante una decisión que sea expedida conforme a derecho. En este sentido, el Texto Fundamental preceptúa 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 (*ex artículo 257*). En un Estado social de derecho y de justicia (*ex artículo 2*), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (*ex artículo 26*), “*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 correlación de los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución obliga, así, al juez a la interpretación de 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. (s. S.C. N° 708/2001, de 10 de mayo)

Respecto al derecho al acceso a los medios que dispone la ley como parte del derecho fundamental a la tutela judicial eficaz, se destaca que se requiere que este Tribunal Constitucional, en forma ejemplarizante para los demás tribunales de la República, realice una interpretación razonada y razonable de las causas de inadmisión de aquellos y, en caso de duda interpretativa de normas procesales, debe optarse siempre por aquella que haga posible su admisión y sustanciación, es decir, por la que resulte más favorable para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, como parte medular de la tutela judicial eficaz. De allí que resulte contrario a los derechos y garantías constitucionales que, como en el caso que se examina, se exijan requisitos que la ley no contenga expresamente ni puedan deducirse de su interpretación.

5. (...) / El razonamiento que se sigue en el acto decisorio del cual se discrepa, la exigencia de otras formalidades, que no han sido establecidas expresamente por la ley, restringe el acceso a la justicia, lo cual es contrario a los postulados de la Constitución sobre la tutela judicial eficaz. Por consiguiente, lo ajustado a derecho hubiese sido la admisión de la petición

en cuestión y el juzgamiento sobre el fondo de lo que fue planteado para la verificación de la procedencia o no de dicha solicitud. (*Vid.*, por todos, voto salvado en s. S.C. N° 1590 de 21-10-08, exp. N° 08-0468).

2. La mayoría sentenciadora declaró, cuando analizó la sentencia de la Sala Electoral objeto de revisión, que esa Sala “supuso” que el ciudadano Eduardo Lapi, cuando se postuló como candidato a la gobernación del Estado Yaracuy, “*demuestra objetivamente su intención de evadir la justicia*” y que “[l]a justificación de esa presunción es que, si [ese] ciudadano fuese elegido gozaría de la prerrogativa procesal en que consiste el antejuicio de mérito. Dicha prerrogativa [dice la Sala Constitucional], como se sabe, está prevista en el art. 266 de la Constitución. Por lo tanto, la posibilidad de modificar su status jurídico frente al derecho penal, lo habría impulsado a postularse para el referido cargo.”

Tal afirmación sorprende cuando se contrasta con el veredicto a que se refiere, el cual *no menciona, ni siquiera, el antejuicio de mérito o alguna otra prerrogativa procesal*. Sólo sorprende más la ausencia de ese y de algún otro fundamento en dicha decisión, la cual, como se verá de seguidas, se limitó a la determinación de la existencia de un fraude a la ley y a la Constitución sin la explicación acerca de cómo la postulación a que se ha hecho referencia consistiría en un fraude, ya que no estableció la Sala Electoral de qué manera serviría esa postulación para la evasión del deber de acatamiento a la Constitución y las leyes. Tampoco entre los argumentos de quienes pretendían la nulidad del acto de aceptación de postulación, que se recogieron en la parte narrativa, se puede leer alguna referencia a esa circunstancia. En efecto, la totalidad de la motivación, en cuanto al fondo del acto jurisdiccional de la Sala Electoral N° 175 de 03 de noviembre de 2008, es la siguiente:

Respecto al fondo del asunto, la Sala Electoral observa que el primer argumento de los recurrentes está relacionado con la situación fáctica en la que se encuentra el ciudadano Eduardo Lapi respecto al proceso electoral que se celebrará el próximo 23 de noviembre de 2008, esto es, que dicho ciudadano es prófugo de la justicia desde el 1° de abril de 2007 y que, desde el 25 de enero de 2008 no se encuentra en el territorio de la República sino en Perú, quien le otorgó asilo territorial. En tal sentido, explicaron que Eduardo Lapi se fugó del centro de reclusión de San Felipe, para evitar la aplicación del orden jurídico, autoexcluyéndose del ejercicio de sus derechos políticos y demás actos de soberanía, en virtud de lo cual consideran que no puede ser candidato a la gobernación del estado Yaracuy.

Sobre el particular, es necesario reconocer que la situación en la que se encuentra el candidato Eduardo Lapi corresponde al conocimiento público, de suerte que no amerita prueba alguna. En efecto, es por todos conocidos que el Ministerio Público dio inicio a la investigación penal contra el ciudadano Eduardo Lapi, por la presunta comisión de diversos delitos contra el patrimonio público.

También es un hecho público, que luego de la detención del ciudadano Eduardo Lapi, el Juzgado de Control 2 del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, decretó medida de privación preventiva de libertad por la imputación de los delitos de tráfico de influencias, evasión de procedimientos licitatorios y concierto de funcionarios públicos para favorecer a contratistas, estableciendo a este respecto como sitio de reclusión el Centro Penitenciario de Yaracuy, ubicado en la ciudad de San Felipe.

Igualmente, es un hecho público que el 1° de abril de 2007 el ciudadano Eduardo Lapi se evadió en horas de la madrugada del Internado Judicial de San Felipe, presuntamente a través de los ductos del aire acondicionado, conociéndose luego que la República del Perú otorgó asilo territorial al ciudadano Eduardo Lapi.

Así las cosas, es evidente que la postulación de Eduardo Lapi persigue eludir, en caso de resultar electo, el cumplimiento de los actos dictados por los órganos del Poder Judicial, en especial la medida de privación preventiva de libertad a que se refiere el artículo 250 del

Código Orgánico Procesal Penal. Ello, a pesar de que artículo 131 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“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”.

De modo que el ciudadano Eduardo Lapi, al evadirse del Internado Judicial de San Felipe, no hizo otra cosa sino incumplir con su deber constitucional de acatar las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dictaron los órganos del Poder Judicial, pretendiendo ahora valerse de otras disposiciones de índole constitucional (en especial las que consagran el derecho al sufragio) para sortear las obligaciones que le impone la Constitución.

Se trata de un fraude a la ley, entendido éste como la situación en la que se pretende evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa al sujeto de que se trate, amparándose en otra u otras normas jurídicas que le permiten sortear las obligaciones que le impone la norma vulnerada. En tales casos, los actos realizados al amparo de una norma jurídica que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. De allí que la sanción al fraude es la aplicación de la norma burlada.

A propósito del fraude a la ley, el autor Jesús González Pérez señala que el mismo existe siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por norma que responde a una finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan. (*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 3 Edición, Civitas, Madrid /España, 1999, pp. 27 y ss).

A este respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 2361 del 03 de octubre de 2002 (*Caso: Municipio Iribarren del Estado Lara*), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, señaló respecto al fraude a la ley, lo que se indica a continuación:

“El fraude a la ley se caracteriza por la circunstancia de que se respeta la letra de la ley, mientras que, de hecho, se trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad con medios indirectos (Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad: Santiago Sentís Melendo, Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 480), haciendo que opere una norma jurídica con la finalidad de evitar la aplicación de otra.

*Constituye un modo de violación de la ley, un proceso técnico de violación indirecta, in fraudem agere, diverso de la violación directa, contra legem agere, ya conocido desde el derecho romano y que perdura hasta hoy en los varios ramos del derecho, especialmente en el derecho público (por ejemplo, nacionalidad y servicio militar), fiscal, electoral, civil (familia, bienes muebles, contratos, sucesiones) y del trabajo (VALLADAO, Haroldo Texeiro. Derecho Internacional Privado. “Introducción y parte general”. Ed. Trillas. México. 1987. p. 591). Ya Paulo en el Digesto (citado por CABANELLAS, Guillermo. Repertorio Jurídico. “Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1973, p. 10) expresaba **contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; infraudem vero, qui salvis verbis, sententiam ejus circumvenit, vale decir, obra contra la ley quien hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, quien salva sus palabras pero elude su sentido.***

Se requieren tres elementos en el fraude a la ley: a) una norma jurídica imperativa u obligatoria, cuya imperatividad eludida hiera o vulnere el orden público, cause o no perjuicio a terceros; b) la intención de eludir su aplicación, elemento subjetivo que constituye el fin fraudulento; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, creando las condiciones para, formalmente, neutralizar los efectos de la regla obligatoria y obtener, por otra vía, el resultado contrario a derecho o antijurídico (Zannoni, Eduardo. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 359-361, fundamentándose básicamente en Ghestin, Jacques- Gobeaux, Giles. Traité de droit civil. Introduction generale. N° 748, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris. 1977, p. 630 y ss.)

AGUILAR NAVARRO (citado por GUZMAN, Diego y MILLAN, Marta. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1973. p. 670) agrega que:

...el fraude comienza por caracterizarse como una evasión legal realizada de acuerdo a una concreta técnica. Se califica una actuación de fraudulenta, legalmente hablando, cuando el individuo elude el cumplimiento de una norma que le resulta embarazosa, apoyándose en la protección -una coartada- que le puede dispensar otro precepto legal, que se utiliza tan sólo como instrumento para escapar de la sanción que se desencadenaría de incumplir abiertamente la norma. En conclusión: en el fraude existe una aplicación indebida de una norma con el propósito de dejar sin cumplimiento el precepto que por naturaleza correspondía acatar, sin incurrir en las sanciones previstas por la norma incumplida. En el fraude se combina un resultado y una técnica. El resultado es la no observancia del precepto, y la técnica es la artificial y anormal utilización de una norma para eludir las consecuencias de esa inobservancia”.

Cabe señalar, que el fraude a la ley es una figura de gran trascendencia jurídica dado su carácter multidisciplinario, pues, tiene eficacia y aplicación en todos los ámbitos y ramas del derecho, incluso en el ámbito electoral. De modo que la utilización de las leyes con fines diversos a los que constituyen su naturaleza, podrá considerarse fraude, y por ende, podrá tenerse como ilegal o inconstitucional el acto constitutivo del mismo, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este órgano jurisdiccional.

Bajo este marco conceptual y jurisprudencial, la Sala Electoral advierte que la postulación del ciudadano Eduardo Lapi como candidato al cargo de Gobernador del estado Yacuy, cumple con los elementos constitutivos de un fraude a la ley, a saber: a) una norma jurídica, cuya imperatividad eludida hiere o vulnera el orden público; b) la intención de eludir su aplicación; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo.

En efecto, la norma burlada no es otra que el artículo 131 constitucional, que establece el deber de todas las personas de acatar las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público. La intención de eludir su aplicación se ha hecho pública por distintos voceros que respaldan su candidatura. Muestra de ello es la afirmación contenida en el escrito presentado por el apoderado judicial del ciudadano Eduardo Lapi, cuando señala lo que se copia de seguidas:

*“... Conviene recordar, los precedentes de Modesto Freites, quien resultó electo gobernador estando encarcelado; la elección del ex presidente de la República, Carlos Andrés Pérez, David Nieves y Salom Meza Espinoza, quienes privados de su libertad fueron postulados como candidatos por su respectivas organizaciones políticas, **con el explícito propósito de rescatarlos de la prisión.***

(...)

*Ninguna marramucia jurídica fue intentada para bloquear las candidaturas y posterior victoria de los postulados, menos, podrá pensarse que EDUARDO LAPI estando asilado, cuya protección es reconocida ope legis por mandato constitucional **no pueda postularse a un cargo de elección popular como al que resultó admitido...**”.*

No obstante, aun cuando la afirmación anterior evidencia el propósito que persigue la postulación de Eduardo Lapi, esto es, “rescatarlo de la prisión”; es menester advertir que los casos antes citados difieren radicalmente del suyo, por cuanto los ciudadanos arriba mencionados estaban en prisión, mientras que el ciudadano Eduardo Lapi se evadió de la misma, incurriendo flagrantemente en el delito de fuga previsto en el artículo 259 del Código Penal. Dicho en otros términos, mientras aquellos ciudadanos cumplían con las órdenes dictadas por los órganos del Poder Judicial, el candidato impugnado pretende evadir tales órdenes. Por lo que resulta inaceptable la comparación de ambas situaciones.

En cuanto al tercer elemento, esto es, la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, está representado en el proceso electoral que se celebrará el próximo 23 de noviembre de 2008, a través del cual el ciudadano Eduardo Lapi pretende obtener el cargo de Gobernador del estado Yaracuy.

Siendo ello así, resulta forzoso concluir que el ciudadano Eduardo Lapi no puede ser candidato, pues, ello se haría en fraude a la ley, y no precisamente de cualquier ley, sino de la ley suprema: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; siendo obligación de todos los Jueces o Juezas de la República, asegurar la integridad de la Constitución, por disposición expresa de su artículo 334.

Por tales razones, la Sala Electoral estima que la postulación del ciudadano Eduardo Lapi es ilegal, al hacerse en fraude a la ley, pues la misma tiene por objeto un resultado contrario al ordenamiento jurídico, esto es, eludir la obligación a que se refiere el artículo 131 constitucional, respecto a las decisiones que han dictado los órganos del Poder Judicial con motivo del proceso penal que se inició en su contra por la presunta comisión de diversos delitos contra el patrimonio público, y así se decide. (Subrayado añadido).

Tampoco quienes demandaron la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral que declaró la validez de la postulación del ciudadano Lapi mencionaron, -ni ante este Tribunal Supremo de Justicia ni ante el Consejo Nacional Electoral-, el antejuicio de mérito como causa del fraude, como se afirmó, según da cuenta el mismo fallo, que, al respecto, expresó:

Señalan los recurrentes (...) [que] impugnan la decisión del Consejo Nacional Electoral, por las siguientes razones:

1) Porque es un hecho público y notorio que dicho ciudadano es prófugo de la justicia desde el 1º de abril de 2007 y que, desde el 25 de enero de 2008 no se encuentra en el territorio de la República sino en Perú. En tal sentido, explicaron que Eduardo Lapi se fugó del centro de reclusión de San Felipe, para evitar la aplicación del orden jurídico, autoexcluyéndose del ejercicio de sus derechos políticos y demás actos de soberanía, razón por la cual consideran que no puede ser candidato a la gobernación del estado Yaracuy.

2) Porque el ciudadano Eduardo Lapi fue electo como Gobernador del estado Yaracuy para el periodo 2000-2004, optando por la reelección en el año 2004, por lo que no puede participar nuevamente el proceso electoral pautado para el próximo 23 de noviembre de 2008, en virtud de que su derecho a la reelección precluyó, agotando la única oportunidad que tenía, pues, sólo se puede optar a la reelección una sola vez, según lo dispuesto en el artículo 160 constitucional.

3) Porque el ciudadano Eduardo Lapi no puede reelegirse nuevamente sino hasta después de transcurrido dos (2) periodos consecutivos contados a partir de la última elección, a tenor de lo previsto en el artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estados.

4) Porque el ciudadano Eduardo Lapi, al encontrarse residenciado en la ciudad de Lima, República del Perú, ha debido obligatoriamente actualizar su inscripción el Registro Electoral, siendo que el órgano electoral debe suspender de oficio la inscripción que tenga en el Registro Electoral, cuando compruebe que la persona de que se trate no reside en el lugar por ella indicado en su última actualización.

5) Porque el momento de su postulación, se violaron los requisitos formales atinentes a la presentación y recepción de la planilla de postulación, en virtud de que una de las planillas no aparece firmadas por el candidato en señal de aceptación, siendo insuficiente la firma que aparece en el resto de las planillas de postulación.

6) Porque uno de los recaudos que ha debido acompañarse a las planillas de postulación, es la declaración jurada de la persona postulada relativa al tiempo mínimo de residencia exigido por la ley, siendo que la presentada ha de considerarse nula, por no ser cierto que el candida-

to Eduardo Lapi tenga quince (15) años de residencia ininterrumpido en el estado Yaracuy, pues, lo cierto es que actualmente está residenciado en la República del Perú, en virtud del asilo que le concedieron en ese país, a tal punto que tiene cédula de extranjero.

7) Porque la aceptación de la postulación que hiciera Eduardo Lapi no cumple con los requisitos de legalización.

8) Porque la constancia de inscripción en el Registro Electoral no está actualizada, y

9) Porque el acto de postulación, así como la aceptación de la postulación, la declaración jurada sobre el tiempo de residencia y la consignación de los demás recaudos exigidos al postulante, son *intuitio personae*, es decir, deben ser presentados de manera personal, razón por la cual el ciudadano Filipo Lapi, hermano del candidato, no pudo aceptar en su nombre la postulación del Eduardo Lapi como candidato a la Gobernación del estado Yaracuy.

3. Las muy elaboradas consideraciones del veredicto del que se discrepa son, por sí mismas, prueba elocuente de la ausencia de fundamento legal o constitucional, tanto del mismo como del que analizó, ya que se fabricó una laguna que no existe y, luego, se echó manos a Sócrates, entre otros, para la justificación de una decisión a través de la aplicación de un sistema de normas distinto del jurídico aplicable en Venezuela: “la Moral”.

Con esfuerzo, puede deducirse de los largos y complicados razonamientos de la Sala, que la laguna en cuestión, en su criterio, sería la que habría dejado *el Constituyente* cuando olvidó la incorporación, entre las causales de inelegibilidad para cargos públicos, el hecho de que sobre el aspirante a uno de ellos pesase una medida preventiva privativa de libertad y éste hubiese evadido su cumplimiento. De nuevo, la mayoría sentenciadora se entiende habilitada para, más allá de la integración de las normas que corresponde a todo juez, *corregir* al constituyente, que, en el caso de la Constitución venezolana vigente, fue directamente el pueblo, en ejercicio *directo* de la soberanía que le pertenece, a través del referéndum aprobatorio. Tal conducta debe rechazarse expresa y enérgicamente una vez más.

La Sala reconoció que “... la evasión de la cárcel por parte del ciudadano Eduardo Lapi y su posterior postulación a un cargo de elección popular, son eventos que, vistos desde el orden jurídico penal que fue violado y desde el orden jurídico electoral que fue usado, podrían coexistir. Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que establece el artículo 131 de la Constitución, según el cual, 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’.” (Subrayado añadido).

En criterio de la mayoría, ese deber sería burlado si el ciudadano Lapi resultase electo gobernador porque, en tal circunstancia, “*se vería beneficiado por la regulación jurídico procesal penal en que consiste el antejuicio de mérito y un posible decaimiento de la orden de privación preventiva de libertad.*” De seguidas, la Sala *asume* que ese sería el único motivo por el cual dicho ciudadano fue postulado, conducta que “*debe ser reprochada firmemente*” y produce “*un fraude a los principios de acatamiento de las ordenes (sic) de la autoridad*”.

4. El concepto de fraude implica una maquinación engañosa, una inducción a error mediante la cual una persona trate de convencer a otra de que es falso lo que es cierto o viceversa. En el presente caso, ni la Sala Electoral ni la Sala Constitucional explicaron cómo es que el ciudadano Eduardo Lapi pretendió el engaño que se le imputó por la vía presuntiva. En efecto:

4.1 No es falsa su cualidad de ciudadano, de conformidad con el concepto que, de tal, contiene el artículo 39 de la Constitución, porque, como no ha sido condenado penalmente por sentencia definitiva, no está inhabilitado políticamente.

4.2 Tampoco sería falsa o engañosa su postulación para el cargo de Gobernador del Estado Yaracuy, en la medida en que sea políticamente hábil y satisfaga los demás requisitos para la opción a dicho cargo y, en el veredicto, no se acreditó que el ciudadano Eduardo Lapi hubiera inducido a engaño sobre su situación personal, respecto del cumplimiento con los requisitos legales para su postulación, cuya verificación es, en todo caso, una acreditación objetiva por parte del órgano competente del Poder Electoral, quien, en la resolución que fue objeto del proceso contencioso electoral que produjo la decisión a que se contraen estas actuaciones, declaró satisfechos a cabalidad.

4.3 Es posible -y hasta probable- que el ciudadano Eduardo Lapi hubiera aspirado a que, mediante su eventual elección como Gobernador del Estado Yaracuy, se hubiera paralizado el juicio penal que se le sigue. Se trata, en todo caso, de una cuestión de hecho eminentemente subjetiva, cuya prueba es harto difícil, porque supone el escudriñamiento de la intimidad, si no se cuenta con manifestaciones objetivas, externas, de conducta (hechos conocidos) para que, mediante una valoración lógica de las mismas, puedan extraerse conclusiones sobre la real existencia de la supuesta intención fraudulenta (hecho desconocido) que se le atribuyó a ese ciudadano (véase artículo 1394 del Código Civil). Si no se concreta este proceso dialéctico, la afirmación de fraude no pasa de ser meramente especulativa, sin ningún soporte probatorio, el cual resulta esencial en nuestro proceso y no, precisamente, como mera formalidad. Tales elementos objetivos externos no aparecen acreditados por el juzgador ni, por supuesto, mucho menos la valoración de los mismos.

5. Por último, es pertinente la insistencia en que ni la Sala Electoral ni la Sala Constitucional establecieron de qué modo la elección del ciudadano Eduardo Lapi como gobernador le habría servido a su supuesto propósito de evasión de cumplimiento con el artículo 131 constitucional. Al respecto, debe destacarse, por una parte, que los gobernadores de estado *no gozan de inmunidad* (como la que la Constitución otorga a los legisladores) y, por la otra, que quien fuere electo gobernador en las circunstancias que se han descrito (en estado de evasión de una medida preventiva privativa de libertad) *no podría considerarse como beneficiario, a posteriori, del antejuicio de mérito*, el cual, como su nombre lo indica, tiene lugar *antes* de un juicio que pretenda llevarse en contra de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266, cardinales 2 y 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en el caso del ciudadano Lapi, dicho juicio *ya se inició* contra una persona que no era, para ese momento, destinataria de dicha norma.

En cuanto a los beneficiarios del antejuicio de mérito, esta Sala Constitucional ha sido conteste con la doctrina que, a tal respecto, la Sala Plena sentó en la decisión que la misma pronunció el 22 de mayo de 2000 (caso: *Pedro Mantellini*):

Ahora bien, se explica fácilmente que para el enjuiciamiento del ciudadano que ejerce la Primera Magistratura del país y aun para los Ministros y demás altos funcionarios, se establezca una competencia especial en la Corte Suprema de Justicia y se les rodee de una serie de prerrogativas o privilegios, pues las múltiples y delicadas funciones de que están investidos dichos ciudadanos así lo demandan.

Por ejemplo, es comprensible que con respecto a esos Altos Funcionarios, haya necesidad de declarar previamente, ante una acusación penal, si hay o no mérito para un enjuiciamiento, pues no es lógico, ni el interés del Estado así lo permite, que a cada momento esos funcionarios pudieran verse entorpecidos en sus complejas y delicadas funciones por cualquier acusación que fuera dado hacerles cualquier ciudadano, sin ser suficiente, seria y fundada. Se

comprende, asimismo, que debe pasárseles a dichos funcionarios copia íntegra de la querrela y de la documentación acompañada para su debido conocimiento y defensa, pues no es compatible con esas mismas funciones el que dichos funcionarios tengan que estar concurriendo al Tribunal en horas de audiencia o de secretaría, como cualquier reo, a imponerse de las actas del expediente. Por esas mismas razones, se comprende también que el Tribunal competente para conocer del antejuicio sea la Corte y que se les otorguen los demás privilegios y prerrogativas que sus complejos y delicados cargos imponen. Todo ello enmarca perfectamente dentro de la definición de ‘prerrogativa’. (*omissis*)

Este criterio fue reiterado en sentencia del 20 de julio de 1991, recaída en el caso Andrés Velásquez al señalar que “la finalidad primordial del antejuicio –como lo ha señalado con anterioridad esta Corte- (es) ‘preservar la función pública y por ende a los funcionarios que la desempeñan, contra las perturbaciones derivadas de posibles querrelas precipitadas, injustificadas o maliciosas’ (...) Estima, por tanto, este Tribunal Supremo de Justicia en Pleno que la necesidad de realizar un antejuicio respecto de determinados funcionarios de mérito, es una excepción al principio de igualdad consagrado en el ordenamiento constitucional, que se justifica en razón de la importante investidura de esos funcionarios respecto de los cargos que ejercen, mecanismo adjetivo de protección (antejuicio de mérito) que surte efectos únicamente durante el tiempo en que dichos funcionarios ostentan los aludidos cargos. Así se declara (criterio ratificado en fallos posteriores, tales como los de 14 de marzo de 2001 –caso *Javier Elechiguerra*-, 28 de junio de 2001 –caso *Emery Mata Millán*- y 10 de julio de 2001 –igualmente, *Javier Elechiguerra*).

Dijo este Alto Tribunal que el antejuicio de mérito está concebido como garante de la estabilidad de los altos funcionarios del poder público, durante el ejercicio de las más altas funciones de conducción de los asuntos públicos, contra cualquier acción judicial que carezca de méritos, bien por ausencia de fundamentos en la misma, o bien porque esta persiga la obtención de un resultado extra-jurídico, como sería una decisión o un cambio político; ello, con la finalidad de prevenir procesos penales, respecto de los cuales se pueda temer fundadamente, *ab initio*, que van a concluir en una decisión absolutoria.

Se concluye, entonces, que la determinación de los sujetos pasivos del antejuicio de mérito debe ser hecha en atención, no a los atributos de la persona, sino a las altas funciones públicas que, al momento de la decisión sobre el imperativo de dicho antejuicio, se encuentre cumpliendo el referido sujeto; de suerte que, si al momento de la apertura de la incidencia del antejuicio, la persona de quien se trate no lo ejerce aún, no existe, entonces, “*la necesidad de preservar la función pública y por ende a los funcionarios que la desempeñan, contra las perturbaciones derivadas de posibles querrelas precipitadas, injustificadas o maliciosas...*” (sentencia de 20 de julio de 1991, caso *Andrés Velásquez*, reproducida en el caso *Pedro Mantellini*).

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, y en atención a la manifiesta ausencia de fundamento legal o constitucional de la sentencia N° 175 de 03 de noviembre de 2008 de la Sala Electoral, ha debido ser declarada con lugar la solicitud de revisión que encaja estas actuaciones y, por tanto, ha debido declararse la nulidad de dicho fallo.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen de los Derechos Humanos: Desconocimiento del rango supraconstitucional de los Tratados y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

TSJ-SC (1939)

18-12-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008.

La Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los exmagistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, del Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia de las Salas Constitucional y Político Administrativa.

Determinada la competencia para el conocimiento del presente asunto, esta Sala pasa a emitir pronunciamiento, previas las siguientes consideraciones:

En primer término, es necesario advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno solo “*en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables*” a las establecidas en la Constitución, de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de nuestro texto fundamental.

Dicho artículo 23 constitucional, dispone a la letra:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Por otro lado, es importante señalar que Venezuela ratificó dicha Convención el 23 de junio de 1977, y los días 9 de agosto de 1977 y 24 de junio de 1981 reconoció expresamente las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. En concreto, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Convención, el Estado parte puede declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de su texto, lo cual efectivamente fue hecho por nuestro país.

Ahora bien, para determinar el alcance del fallo del 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad, es preciso observar lo siguiente:

El preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” (artículo 7 constitucional).

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, to-

mando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.

Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...”.

Ahora bien, se advierte del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que este órgano pretende que el Estado venezolano indemnice a los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz, a quienes califica de “*víctimas*” por haber presuntamente sido violados sus derechos individuales; pero en la supuesta constatación por dicha Corte de la violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles.

En efecto, el párrafo 147 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, dispone que la omisión de la Asamblea Nacional de dictar el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolano, “*ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ*”. Sorprendentemente, en ese mismo párrafo y de manera contradictoria, afirma que no se pudo comprobar que la Comisión de Emergencia y Reestructuración del Poder Judicial haya incurrido en desviación de poder o que fuera presionada directamente por el Ejecutivo Nacional para destituir a los mencionados ex jueces y luego concluye en el cardinal 6 del Capítulo X que “*no ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia*”.

En consecuencia, al margen de la eventual antinomia entre normas protectoras de derechos individuales y las relativas al bien común, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.

En ese orden de ideas, es menester citar las normas que sobre administración, gobierno y autonomía del Poder Judicial establece la Carta Fundamental, las cuales textualmente establecen:

“Artículo 254. El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

Artículo 255. El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley.

El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

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 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”.

Por otra parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión N° 1942/2003 precisó, en relación con el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

“A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (...)”

“Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)”

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes. (...)”

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución-, el cual reza: ‘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’ siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos...(...)

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. (...)”

*Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional. Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.*

*Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas,- la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son **irrenunciables**, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.*

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República” (subrayados de este fallo).

Asimismo, el fallo de la Corte Interamericana equipara de forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios, lo cual es absolutamente inaceptable y contrario a derecho. Al respecto, en sentencia N° 00673-2008 de la Sala Político Administrativa, se expresó lo siguiente:

“... es necesario precisar que el ejercicio de 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, es dirigida hoy en forma exclusiva por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como un órgano creado con carácter transitorio hasta tanto sea creada la jurisdicción disciplinaria.

Distinta es la facultad de remover directamente a un funcionario de carácter provisorio o temporal, sin que opere alguna causa disciplinaria, dado que tal atribución se encuentra a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por delegación expresa que le hiciera la Sala Plena. Vale decir, que tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, de forma provisorio, como para dejar sin efecto su designación, cuando así lo considere la mayoría de sus miembros, y siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación del ente encargado de aplicar las sanciones.

En este orden de ideas, debe esta Sala traer a colación el criterio sostenido por la Sala Constitucional, en función del cual -la potestad que tiene la Comisión Judicial de este Máximo Tribunal para remover de sus cargos a los funcionarios designados con carácter provisional, es de estricto carácter discrecional.

En efecto, a través de sentencia N° 2.414 del 20 de diciembre de 2007, a propósito de la revisión de oficio de la decisión N° 1.415 del 7 de agosto de 2007 dictada por esta Sala Político-Administrativa sobre un caso análogo al presente que fue declarado con lugar, aquella Sala señaló:

*‘Sin duda, hay una distinción entre jueces de carrera y jueces provisorios: Los primeros adquieren titularidad luego de la aprobación del concurso; en cambio, los jueces y juezas provisorios se designan de manera discrecional, previo análisis de credenciales. Los jueces y juezas de carrera gozan de estabilidad y sólo pueden ser sancionados o destituidos de sus cargos si se demuestra, en el curso de una audiencia oral y pública con garantías de defensa, y regulado por el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (publicado en la Gaceta Oficial N° 38.317, del 18 de noviembre de 2005) que han resultado incurso en faltas disciplinarias previstas en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, **no así los jueces y juezas provisorios, que son susceptibles de ser separados del cargo de la misma manera como fueron designados: discrecionalmente.**’ (Resaltado del presente fallo).*

Asimismo, en el fallo citado la Sala Constitucional ratificó su posición previamente fijada en la sentencia N° 280 del 23 de febrero de 2007, en el sentido siguiente:

“(...) como el derecho de defensa y el debido proceso (artículo 49 constitucional) deben respetarse al imputado por la falta disciplinaria, él debe, en principio, ser sometido a acusación y procedimiento, y por ello la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial debe solicitar a la Inspectoría General de Tribunales el inicio del procedimiento disciplinario con instrucción del respectivo expediente, con el fin de recibir la acusación para así no convertirse en juez y parte. Pero es obvio que en casos de graves errores judiciales inexcusables reconocidos en sentencia firme por las Salas de este Tribunal Supremo, o desacatos a órdenes judiciales, la investigación de la Inspectoría General de Tribunales puede limitarse a oír al Juez sobre las causas del error, o del desacato o incumplimiento, sin necesidad de seguir un largo procedimiento, para preparar la consiguiente acusación, fundada en los fallos que califican el grave error inexcusable o el desacato, y entonces no tienen razón para que la instrucción dure los noventa días que según el artículo 41 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura puede durar la investigación. Por ello -a juicio de esta Sala, y como una alternativa- si en un término de diez (10) días hábiles de la recepción por la Inspectoría General de Tribunales de las sentencias de las Salas a que se refiere este fallo, no existe acusación por parte de ella, la Sala respectiva podrá informarlo a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de quien depende jerárquicamente la Inspectoría General de Tribunales (artículo 17 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) para que remueva al Inspector, o nombre un Inspector General de Tribunales ad hoc, que supla al omiso en sus funciones respecto a la aplicación de las sanciones del artículo 40 numerales 4 y 11 de la Ley de Carrera Judicial.

Lo hasta ahora señalado sólo es aplicable a los jueces de carrera, ya que los provisorios, accidentales u otros jueces que son de libre nombramiento y remoción por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, pueden ser removidos por dicha Comisión con notificación a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de lo resuelto con estos jueces, a fin de la ratificación de lo decidido. (subrayado de esta Sala).

Igualmente, la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia observó, en el fallo N° 00463-2007, lo siguiente:

“...toda sanción disciplinaria contemplada en la Ley de Carrera Judicial, necesariamente deberá estar precedida por el procedimiento administrativo correspondiente, sea que se trate de un funcionario de carrera o de un funcionario de libre nombramiento y remoción; mientras que cuando lo que se persigue es la remoción de un juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma provisional, el acto administrativo que determine su separación del cargo, no tiene que ser sometido a procedimiento administrativo alguno, por cuanto la garantía de estabilidad del juez, y por consiguiente, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se obtienen con el concurso de oposición que instituyó el Texto Constitucional en su artículo 255, como una exigencia indispensable para acceder al cargo de juez con carácter de titular o juez de carrera, estabilidad ésta que no poseen los jueces provisorios. (subrayado de este informe).

La Sala aprecia que en este último caso, cuando el funcionario goza de titularidad tendría siempre el derecho a ser sometido al procedimiento administrativo correspondiente y no podría la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia decidir su remoción en ningún caso, pues se insiste, la garantía de estabilidad se la otorga el haber resultado vencedor en el concurso provisto al efecto”.

Además de lo anterior, la sentencia cuestionada pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos. En tal sentido, debe señalarse que la ex jueza Ana María Ruggeri Cova no ejerció recurso de reconsideración o judicial alguno contra el acto de destitución (hecho reconocido en el párrafo 183 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el cardinal 10 del capítulo X del mismo fallo). De otro lado, el acto de destitución dictado contra los ex jueces Perkins Rocha Contreras y Juan Car-

los Apitz quedó firme por decisión N° 634 del 21 de mayo de 2008, dictada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se declaró desistido el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra dicho acto, por no haber retirado, publicado y consignado el cartel de emplazamiento a los terceros interesados en el plazo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, situación por demás omitida en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De allí deriva que, a juicio de esta Sala Constitucional, no puede desconocerse la cosa juzgada que enviste a los actos de destitución de los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando los recursos administrativos o judiciales que prevé el ordenamiento jurídico interno no fueron instados o fueron desestimados por sentencia definitivamente firme dictada por el Máximo Tribunal de la República, pues ello iría en contra de uno de los valores esenciales del sistema de justicia venezolano, como lo es la seguridad jurídica.

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos, como cuando fue declarada la inejecutabilidad del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 1999, en el caso: *Castillo Petruzzi y otro*, por parte de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, por considerar, entre otras cosas, que el poder judicial “*es autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia*”; que “*pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad-libitum en esa sentencia*”; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, “*no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional*”; que “*en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional*”, pues “*sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución*” y que “*la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República*”.

En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa. Así se decide.

Asimismo, con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 eiusdem), se insta a la Asamblea Nacional para que proceda a dictar el Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 1048 del 18 de mayo de 2006. Así se declara.

Igualmente, con base en el mismo principio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado. Así se decide.

En relación a la omisión del Tribunal Supremo de Justicia en la designación de los integrantes de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, esta Sala Constitucional, por notoriedad judicial, conoció de las decisiones de la Sala Plena del 29 de octubre y 3 de diciembre de 2008, mediante las cuales fueron designados los ciudadanos Andrés Eloy Brito Denis, Enrique Sánchez y María Eugenia Mata, como Magistrados Principales de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Voto Salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, pese a estar conforme plenamente con la declaratoria de inejecutabilidad del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008, se permite respetuosamente disentir de lo resuelto por la mayoría sentenciadora cuando «...solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención [se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Ello, en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos...», ya que dicha decisión corresponde en exclusiva al Presidente o Presidenta de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, a lo largo de nuestra historia republicana el Presidente o Presidenta de la República es jefe del Estado y del gobierno, y con base en esa condición tiene asignado constitucionalmente la dirección de las relaciones internacionales, atribución que le corresponde en exclusiva, pues ni siquiera exige el texto constitucional la aprobación del gabinete ejecutivo, ya que la parte *in fine* del artículo 236 constitucional mencionado, sólo exige que sea refrendado por el Vicepresidente Ejecutivo y por el Ministro respectivo, es decir, por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores.

El caso es que siendo la política exterior de la competencia exclusiva del Presidente o Presidenta de la República no le es dado a ningún órgano del Poder Público participar *a priori* sobre la pertinencia de la política exterior ni sobre la legalidad de la actuación del jefe o jefa de Estado, ya que dicha actuación en materia de política exterior tiene el carácter de acto de gobierno; ello sin perjuicio de que la Asamblea Nacional, que es un órgano de origen popular, pueda de conformidad con el artículo 154 constitucional debatir sobre los asuntos que comprometan internacionalmente la soberanía del Estado venezolano.

En cambio, en mi modesto criterio debió la mayoría sentenciadora por razones de orden público constitucional, interpretar el alcance del artículo 152 del Texto Fundamental inserto en el Capítulo IV, en el cual se define el carácter de las relaciones internacionales de la República, ya que precisamente es esta la normativa que respalda la dirección de la política exterior, cuya competencia -se insiste- es exclusiva del Presidente o Presidenta de la República; y así, con dicha interpretación constitucional, y con fundamento en el principio de colaboración de poderes, como la Sala codyuvaría a ponderar la trascendencia para la República de la ejecutabilidad o inejecutabilidad de los fallos de la Corte Interamericana, que de decidirlo el Presidente puede conducir a denunciar la Convención; o a justificar el rechazo razonado de la sentencia del órgano internacional ante la Plenaria de Plenipotenciarios de la Organización de Estados Americanos (OEA), ya que ciertamente existen fundadas razones -como bien lo advierte la mayoría sentenciadora- para demostrar que el fallo de la Corte Interamericana adolece de graves vicios violatorios del orden público internacional, cuando no fue estimada la defensa previa del Estado venezolano como lo es la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, lo que era causal de inadmisibilidad a tenor de los artículos 46.a y 47 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). De ello se infiere, que la Corte Interamericana estaba impedida de conocer la denuncia efectuada por los ciudadanos Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B. porque la norma internacional infringida era de obligatorio cumplimiento por parte de la Corte Interamericana, y no admite excepción en el caso de autos, ni siquiera bajo el precedente de retardo procesal injustificado que en similares casos ha resuelto la Corte Interamericana estimada en más de diez años; lo que además, sugiere un trato desigual para la República de Venezuela. En el caso de los ex -magistrados venezolanos denunciados que ocupó a la Corte Interamericana, una de ellos no impugnó; y los otros dos, desistieron de los recursos ejercidos. No obstante este impedimento de orden legal, el fallo de la Corte Interamericana incurre en una intromisión indebida de los asuntos internos que ampara la soberanía nacional como lo son; el gobierno y la administración del Poder Judicial, atribuido al Tribunal Supremo de Justicia en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De otra parte, considera también quien suscribe, que la mayoría sentenciadora, lejos de instar a la Asamblea Nacional para que proceda a dictar el Código de Ética del Juez y la Jueza venezolana en los términos aludidos en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1048 de fecha 18 de mayo de 2006, ha debido dejar en evidencia que esta Sala Constitucional desde la sentencia N° 1793 de fecha 19 de julio de 2005 había asignado a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial la tarea de realizar, ante el vacío normativo que produce la falta legislativa del Código de Ética del Juez venezolano o Jueza Venezolana -un Proyecto de Código de Ética- previo a la declaratoria de omisión legislativa en la sentencia N° 1048 de 18 de mayo de 2006, y es en virtud de estos actos jurisdiccionales que la Asamblea debe proceder a la promulgación del Código de Ética independientemente de la pretensión que a este efecto manifiesta el fallo de la Corte Interamericana cuya inejecutabilidad ha sido declarada.

Queda expresado en los términos expuestos el criterio de quien suscribe.

La Presidenta,

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. LEGITIMACIÓN

La sentencia parece confundir la personalidad jurídica de la República con la de sus representantes judiciales cuando afirma que “... los recurrentes están en una situación jurídica concreta como representantes judiciales de la República Bolivariana de Venezuela frente a una posible condena patrimonial, por lo que la determinación que haga esta Sala acerca de la pertinencia y/o extensión que debe darse al contenido y forma de ejecución de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de su interés aunque no pretendan que se declare un derecho a su favor, ...”.

Conviene, por tanto, la precisión de que se comparte la existencia de legitimación en cabeza de la República Bolivariana de Venezuela –y no de sus abogados– para la solicitud de resolución de una de las controversias a que se refiere el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

3. DECLARATORIA DE MERO DERECHO

Por lo que respecta a la declaratoria de mero derecho, por una parte, resulta difícil imaginar una pretensión como la que se resolvió que no lo sea. Por otro lado, la mayoría sentenciadora la pronunció como justificación para la eliminación de una audiencia cuya realización es potestativa y para la omisión de las notificaciones necesarias, “*en razón de la inminente ejecución de la decisión*”.

En criterio del disidente, en el caso de autos, la celebración de una audiencia se imponía en virtud de que, pese a que es un asunto de mero derecho, no sólo involucra el interés patrimonial de la República, en tanto que fue condenada a prestaciones dinerarias en la sentencia cuya ejecución es el objeto de la interpretación sino, como es obvio, el de los beneficiarios de dicha condena cuyo derecho a ser oídos fue desconocido y, como declaró el mismo veredicto que antecede, el interés general, cuya protección compete al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo, dentro del ámbito de las atribuciones de cada uno. Además, llama la atención la alusión a la “*inminente ejecución*” como motivo de urgencia porque, para la fecha de la decisión, todavía restan casi dos meses del lapso que, para el cumplimiento, fijó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiempo suficiente para la tramitación de la pretensión de la República a través de un proceso que garantizase la participación de todos los interesados y la protección de todos los intereses que estaban involucrados en este pronunciamiento.

4. LA “INEJECUTABILIDAD” DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE AGOSTO DE 2008.

Con la finalidad de “*determinar el alcance del fallo del 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad*”, la mayoría empezó por la delimitación del alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con alusión a su rango constitucional –por oposición a “supraconstitucional”–, a su carácter “*complementario*” del derecho interno y sometido a una interpretación “*conforme con el proyecto político de la Constitución*”, junto con la puntualización de que, en caso de contradicción con ésta, “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares*”.

Además de la debida ratificación del criterio discrepante de quien, también en esta oportunidad, se ve en la necesidad de dejar constancia de su desacuerdo con la opinión mayoritaria en relación con el criterio anterior (*cf.* v.s. a la s. S.C. N° 1265/2008), resulta imperativo que se ponga de relieve que el acto jurisdiccional que antecede no estableció cómo entrarían en contradicción el fallo y/o la Convención con la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela o con el proyecto político que ésta albergaría o con los intereses colectivos. En efecto, la lectura del veredicto en cuestión revela que, en criterio de la Sala Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos habría intervenido en el gobierno y administración judicial, que corresponden, exclusivamente, al Tribunal Supremo de Justicia, en forma “inadmisible”, de modo que la ejecución de su sentencia de 5 de agosto de 2008, “*afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional*” y “*podría conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente*”; además de que dicho acto decisorio “*pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.*” Según la Sala, tales circunstancias harían inejecutable el acto de juzgamiento interamericano en cuestión, decisión de aquella que tiene por fundamento los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32 y el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y varios pronunciamientos de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

No explicó la mayoría la relación entre los hechos que estableció y las normas que enunció ni entre éstas y un determinado “proyecto político” o el “interés colectivo” frente a los intereses de los particulares beneficiarios de la sentencia cuya inejecutabilidad declaró. Esa inmotivación vicia, *per se*, el veredicto del que se discrepa pero, adicionalmente, las supuestas causas que imposibilitarían la ejecución no existen, como se razonará a continuación. Por el contrario, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela imponía su cumplimiento.

5. EL DEBER DE CUMPLIMIENTO, POR PARTE DE ESTADO VENEZOLANO, DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE AGOSTO DE 2008.

El artículo 7 constitucional preceptúa que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; el artículo 23 de esa “norma suprema”, en el contexto del caso concreto, determina el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; según el artículo 30, el Estado tiene la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, lo que incluye la reparación de daños y perjuicios y deberá adoptar la medidas legislativas y *de otra naturaleza* que hagan efectivas esas indemnizaciones; como corolario, el artículo 31 *eiusdem* declara el derecho de toda persona, *en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República*, a dirigir peticiones ante los órganos internacionales que hayan sido creados para tales fines, *con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*, para lo cual, 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.*”

Por su parte, el artículo 25 del Texto Magno determina la nulidad de todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos que él garantiza, mientras que el 138 hace lo propio respecto de los actos de la “autoridad usurpada”. El artículo 156.32 se contrae a la atribución de competencia al Poder Público Nacional para que legisle en distintas materias (infiere el disidente, a falta de razonamiento alguno al respecto por parte del fallo anterior, que la Sala tomó en cuenta la que se refiere a la organización y funcionamiento de los órganos de ese poder público) y el Capítulo III del Título V de la Constitución se dedica a la regulación del Poder Judicial y del Sistema de Justicia.

5.1 En opinión de quien rinde este voto salvado, los preceptos 7 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fueron mencionados como fundamento de la decisión que se rechaza, por el contrario, junto con los artículos 30 y 31 *eiusdem*, imponían la ejecución del veredicto interamericano. El primero, en cuanto refuerza la ineludible imperatividad del resto de las normas constitucionales; el segundo, en cuanto da el rango y fuerza de tales normas al tratado que recogió los derechos humanos cuya violación determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de competencias y mediante procesos que la República aceptó a través de los medios internacionales idóneos; y los últimos – que la mayoría no recogió-, en tanto imponen al Estado la obligación de indemnización a las víctimas de violación a sus derechos humanos, precisamente la condición que se reconoció a quienes ejercieron el derecho que les atribuyó el artículo 31 de solicitar el amparo a tales derechos ante un organismo internacional que fue creado para tal fin y el deber de adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento con decisiones como la que obtuvieron éstos a su favor, todo lo contrario de lo que se hizo a través del acto jurisdiccional anterior.

5.2 En cambio, no aprecia el disidente la aplicabilidad al caso concreto de los artículos 25 y 138 constitucionales en virtud de que, en primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hace parte del Poder Público venezolano y, como se razonará *infra*, no usurpó la autoridad de ningún órgano de dicho poder y no infringió ni la potestad legislativa a que se contrae el artículo 156.32 ni la organización del Poder Judicial que concibió el Capítulo III del Título V de la Constitución; por el contrario, se expresó acerca de la ausencia de algunas características que, a tenor de varias de las normas de ese capítulo, deberían presentar nuestro Poder Judicial y nuestro régimen disciplinario judicial (p.e., arts. 255 –ingreso por concurso a la carrera judicial- y 267 jurisdicción disciplinaria judicial a cargo de tribunales disciplinarios y régimen disciplinario garantista y fundamentado en el Código de Ética del juez o jueza venezolanos).

5.3 La Sala no ofreció razonamiento alguno según el cual las normas interamericanas, de rango constitucional en el derecho interno, que fueron aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contuviesen reglas menos favorables a las de la Constitución o las leyes venezolanas (*Cfr.* artículo 23 constitucional).

6. LAS CAUSAS QUE IMPOSIBILITARÍAN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE AGOSTO DE 2008 NO EXISTEN.

6.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos no “dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial” ni estableció “directrices para el Poder Legislativo” en forma que sea violatoria de la “soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios” o constituya una intervención inaceptable en el gobierno y administración judicial.

La mayoría sentenciadora no especificó cuáles fueron esas pautas y directrices invasoras de la soberanía nacional, por lo que se impone la lectura de la sentencia “inejecutable” para su identificación.

El dispositivo del fallo en cuestión, reza:

X

PUNTOS RESOLUTIVOS

267. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,**por unanimidad:**

1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado, en los términos del párrafo 24 de la presente Sentencia.

DECLARA,

por unanimidad, que:

2. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal competente, conforme a los párrafos 47 a 53 de esta Sentencia.

3. El Estado no garantizó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, conforme a los párrafos 54 a 67 de esta Sentencia.

4. El Estado no violó el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no oír a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova en el proceso de avocamiento ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y al no oír en audiencia pública a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras en los recursos interpuestos, conforme a los párrafos 68 a 76 de este fallo.

5. El Estado incumplió con el deber de motivación derivado de las debidas garantías del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova, conforme a los párrafos 77 a 94 de esta Sentencia.

6. No ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia, conforme a lo expuesto en los párrafos 96 a 108 de esta Sentencia.

7. El Estado violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal independiente, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, por las razones expuestas en los párrafos 109 a 148 de esta Sentencia.

8. El Estado violó el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras, conforme a los párrafos 157 a 161 y 172 a 181 de esta Sentencia.

9. El Estado violó el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras, conforme a los párrafos 150 a 156 y 171 de esta Sentencia.

10. El Estado no violó el derecho de la señora Ana María Ruggeri Cova a la protección judicial, consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo expuesto en los párrafos 182 a 185 de esta Sentencia.

11. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 190 a 200 de esta Sentencia.

12. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, consagrado en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 201 a 207 de esta Sentencia.

13. El Estado no violó la cláusula general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el derecho sustantivo a ser oído dentro de un plazo razonable consagrado en el artículo 8.1 de dicho tratado, conforme a los párrafos 208 a 215 de esta Sentencia.

14. No es procedente la alegada violación del artículo 29.c) y 29.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, conforme a los párrafos 216 a 223 de esta Sentencia.

15. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y DISPONE:

por unanimidad que:

16. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 236, 242 y 260 de la misma.

17. El Estado debe reintegrar al Poder Judicial a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos.

Si por motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiese reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia.

18. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 249 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

19. El Estado debe adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 253 de esta Sentencia.

20. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento. (Subrayado añadido).

Salvo la disposición N° 19, las órdenes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio al Estado venezolano se contraen a la situación jurídica concreta de las víctimas, a favor de quienes se limitó a ordenar una indemnización por la violación a sus derechos, y en nada se refieren a “pautas” o “directrices” de obligatorio cumplimiento que guarden relación con el gobierno y administración del Poder Judicial interno. En cuanto a esa disposición, el párrafo 253 del veredicto declaró que:

253. Como se estableció anteriormente, en el año 2006 la Sala Constitucional del TSJ declaró la “inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional [...] con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado”. Teniendo en cuenta que el pro-

pio Poder Judicial venezolano ha considerado que es imprescindible que se emita el Código de Ética, considerando que el régimen transitorio se ha extendido por más de 9 años, y en vista de las violaciones declaradas al artículo 2 de la Convención, esta Corte dispone que el Estado debe adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética.

Esta normativa deberá garantizar tanto la imparcialidad del órgano disciplinario, permitiendo, *inter alia*, que sus miembros puedan ser recusados, como su independencia, regulando un adecuado proceso de nombramiento de sus integrantes y asegurando su estabilidad en el cargo.

Se refiere la Corte a la sentencia de esta Sala N° 1048/2006 en la que se dispuso –en cuanto es relevante en esta oportunidad- que:

(...)

2.- Declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado.

3. Fija un período de un año para que la Asamblea Nacional realice las consultas necesarias con todos los sectores del país, dada la trascendencia de la materia ético-judicial y así se de efectivo cumplimiento al espíritu del artículo 211 constitucional. Durante ese año la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dará la mayor difusión posible a los temas relacionados con la **Disciplina Judicial**, a los fines de informar a la comunidad y a las instituciones del Estado, así como a todos los sectores públicos o privados sobre el desempeño de la comisión y los alcances que supone la denominada **Jurisdicción Disciplinaria**.

4.- Exhorta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial 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.

5. Exhorta a la Asamblea Nacional considerar debidamente el **Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos**, elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

(...)

Así, nada añadió la Corte Interamericana de Derechos Humanos –salvo un lapso mayor al ya vencido infructuosamente que había otorgado la Sala Constitucional- respecto al deber de la Asamblea Nacional de que apruebe el Código de Ética a que se refiere el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por otra parte, las garantías que, según la Corte, deberá ofrecer la normativa que sigue pendiente de que sea dictada –*mucho* después del año que fijó a la Asamblea Nacional la disposición transitoria cuarta, cardinal 5, de la Constitución de 1999-, las impone el propio texto constitucional cuando garantiza los derechos al juez natural, al debido proceso y a la estabilidad de los jueces, de modo que nada agrega al ordenamiento jurídico interno.

Resulta pertinente el señalamiento de que el anteproyecto de Código de Ética que presentó este Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea Nacional recogió –y no podría haber sido de otra manera- las garantías a que hizo referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como puede comprobarse con su lectura en el sitio web del Máximo Tribunal en la dirección electrónica:

http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/proyecto_codigo_etica.html#proyecto.

También surge de la simple lectura de las disposiciones que fueron transcritas *supra* que las mismas están, en un todo, conformes con lo que preceptúan la Constitución y las leyes y no violan los derechos humanos de grupos o personas dentro del país ni producen distensión alguna de la soberanía nacional, en los términos de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1942/2003 que fue invocada por la decisión mayoritaria.

6.2 En opinión de la que se difiere, el veredicto que precede declaró que “*el fallo de la Corte Interamericana equipara en forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios, lo cual es absolutamente inaceptable y contrario a derecho*”, aserto que se fundamentó en distintas sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Tal afirmación no se corresponde con el fallo a que se refiere.

Lo que la Corte planteó fue la necesidad de “*determinar si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción igual o similar al ofrecido a los jueces titulares*”. (Cfr. Párrafos 42 y ss). Al efecto observó que “*... los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial.*”

Independientemente de la opinión que merezca una y otra tesis (estabilidad o libre remoción de los jueces provisorios, la primera de las cuales fue sostenida por largo tiempo por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia líder “*Arnoldo Echegaray*”), las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto (que coinciden con la de las Naciones Unidas y la del Consejo de Europa, según se expresó en el acto jurisdiccional interamericano que se examina) no hacen parte del dispositivo; es decir, no se ordenó al Estado venezolano que equiparase a las dos categorías de jueces; por el contrario, la Corte determinó que el Estado venezolano ofreció a los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que eran jueces provisorios, un proceso ante la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial previo a su destitución.

6.3 El acto jurisdiccional del que se aparta el salvante declaró que “*la sentencia cuestionada pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos*”, cosa juzgada que no puede desconocerse “*pues ello iría en contra de uno de los valores esenciales del sistema de justicia venezolano, como lo es la seguridad jurídica.*”

Tal conclusión revela, a lo menos, un desconocimiento del proceso de protección de los derechos humanos que se lleva a cabo ante los organismos interamericanos *ad hoc*, que no es propio del Tribunal Constitucional de un país signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1977, en tanto que la obligatoriedad de agotamiento de los recursos internos (en la forma que ha sido determinada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana) impone la existencia de decisiones administrativas y judiciales internas definitivamente firmes (o la imposibilidad de su obtención, en ciertos casos) como condición de admisibilidad de la demanda ante el tribunal interamericano. De hecho, en el caso que se examina, el Estado demandado alegó, como excepción preliminar, la falta de agotamiento de las vías internas, de defensa que fue desestimada por extemporánea.

En consecuencia, el sistema al que el Estado se sometió voluntariamente cuando suscribió la Convención y aceptó la jurisdicción de la Corte, determina que, en principio, sea indispensable la previa existencia de cosa juzgada en el derecho interno para que se tenga acceso a esa jurisdicción; acceso que garantiza, a texto expreso, el artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En todo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no revocó ni anuló, ni declaró la anulabilidad, ni ordenó que se anulase o revocase por algún tribunal venezolano una sentencia revestida de cosa juzgada por el derecho interno. Lo que determinó, dentro de la esfera de su competencia, es que el Estado venezolano, a través de distintas decisiones y omisiones, violó varios de los derechos humanos que la Convención americana reconoce a los nacionales de uno de sus Estados miembros y estableció las formas de reparación de esa violación, mediante la obligación (de hacer) de reincorporación de los ex jueces a los cargos que desempeñaban o a otros equivalentes o mediante la obligación (de dar) de pagarles determinado monto a modo de cumplimiento por equivalente.

7. Con fundamento en las consideraciones anteriores, el salvante discrepa de la conclusión mayoritaria según la cual "... la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, (...). Igualmente, el fallo (...) pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces...". Valga el señalamiento adicional de que la Corte no declaró la parcialidad de la Comisión que se mencionó: Su decisión al respecto fue del siguiente tenor:

147. (...), el Tribunal constata que el propio Poder Judicial venezolano ha condenado la omisión legislativa en la adopción del Código de Ética. Dicha omisión ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ. En definitiva, -si bien en este caso no ha quedado demostrado que la CFRSJ haya actuado en desviación de poder, directamente presionada por el Ejecutivo para destituir a las víctimas, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ, no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario.

148. Por todo lo anterior, el Tribunal declara que el Estado violó el derecho de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri a ser juzgados por un tribunal con suficientes garantías de independencia, lo que constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

8. Llama la atención la exhortación que se hizo a la Asamblea Nacional "*para que proceda a dictar el Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 1048 del 18 de mayo de 2006*", por dos razones: la primera, porque ante el evidente desacato de la Asamblea Nacional el fallo en cuestión que, como fue transcrito, concedió un año para que se remediara una omisión legislativa en que incurrió desde diciembre de 2000 (ex Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), lo que corresponde es la ejecución del acto de juzgamiento y no que se "inste" al órgano remiso y, la segunda, porque se declaró la inejecutabilidad de la sentencia interamericana, entre otras cosas, porque ordenó el cumplimiento con la obligación que dispone la misma decisión.

9. Con especial énfasis, por último, se aparta quien disiente de la solicitud al Ejecutivo Nacional de que *“proceda a denunciar”* la Convención Americana sobre Derechos Humanos *“en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.”*

Más allá de que no se comparte la existencia de una *evidente usurpación de funciones* por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hace un flaco servicio al Estado cuando se le coloca en incumplimiento con sus obligaciones nacionales (artículos 30 y 31 de la Constitución) e internacionales (artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en materia tan sensible como los derechos humanos que, paradójicamente, gozan de una protección ejemplar en nuestra Constitución, cuyo texto se reduce a eso, sólo un texto, cuando se le desconoce.

Por otra parte, resulta desconcertante que la sentencia reconozca la vigencia de la Convención y su rango constitucional dentro del derecho interno; la diferencia entre ese tratado y los informes, opiniones y decisiones que se dicten con ocasión de su aplicación; que declare que *“no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* y, en el mismo veredicto, los mismos sentenciadores estimen que debe denunciarse la Convención a causa de un supuesto exceso, no del acuerdo multilateral en sí, sino de un acto distinto.

En este sentido, resalta que la Sala Constitucional en ningún momento se planteó la conformidad a derecho o no de las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la violación a los derechos humanos de los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, derechos todos que, además de la Convención, recoge nuestra Carta Magna (derecho a la motivación de las decisiones –art. 49.1-, al juzgamiento por un tribunal independiente –art. 49.4-, a ser oído en un plazo razonable –art. 49.3-, a un remedio judicial sencillo, rápido y efectivo -art. 27-). En todo caso, la solicitud que se hizo al Ejecutivo Nacional -sin motivación alguna que concierna, *per se*, a la Convención a que se contrae-dista mucho de la colaboración entre los poderes públicos a que alude el artículo 136 de la Constitución y constituye, en cambio, una indeseable injerencia en sus funciones propias, en lo que a las relaciones internacionales se refiere.

10. En criterio de quien rinde esta opinión, la solicitud de la República que encabeza estas actuaciones ha debido ser resuelta en el sentido de que, de conformidad con los artículos 23, 30 y 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado venezolano está en el deber de cumplir a cabalidad con la sentencia del 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas disposiciones se compadecen en un todo con el Derecho Constitucional interno.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

2. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Intereses colectivos y difusos

TSJ-SC (1623)

29-10-2008

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte

Caso: Narciso Antonio Palacios y otros vs. Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedores de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas, y por tanto, si la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional, la acción debe ser interpuesta por la vía ordinaria, en el entendido de que la Sala, por aplicación analógica al caso del artículo 19 primer aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y de los principios antes aludidos, utilizará el procedimiento que crea conveniente.

Evidencia la Sala, de la lectura de la acción propuesta que la misma fue incoada por los precitados ciudadanos “(...) actuando en su carácter de **residentes del Municipio** (...)” y en su condición “(...) de **concesionarios** del Mercado Libre del Municipio Chacao (...)” para protegerse “(...) *contra las vías de hecho, perturbaciones de desalojo, demolición y acceso al Mercado Libre de Chacao, y otras acciones (...) las cuales constituyen una amenaza inminente de violación del Derecho a la cultura, a los Valores culturales y al Patrimonio Cultural del Municipio Chacao* (...)” (resaltados de los accionantes), que afecta a los habitantes de dicha comunidad.

Precisado lo anterior, se observa, que en virtud de la atribución específica de la Sala Constitucional para conocer lo relativo a la materia de derechos e intereses colectivos o difusos, corresponde a ésta el conocimiento de las acciones autónomas de amparo o las demandas realizadas sobre esta materia cuyo objeto sea la protección de los derechos que afecten a los residentes, habitantes o a la ciudadanía del país, siendo reconocida la posibilidad de proteger este tipo de derechos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y cuya competencia corresponde a esta Sala mientras la norma constitucional que le sirve de fundamento carezca de desarrollo legislativo, tal como se ha establecido en jurisprudencia reiterada, pacífica y constante de la Sala Constitucional (*Vid.* entre otras sentencias 656/30-6-2000; 1571/22-8-2001; 3648/19-12-2003; 3431/11-11-2005).

Ahora bien, conforme a los hechos que conforman la presente solicitud, la Sala aprecia que se está ante una petición que, conforme a los accionantes aducen, el Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda, está causando a los habitantes del municipio un estado de zozobra con los actos de amenazas de demolición y otros actos que ponen en peligro intereses de los habitantes al colocar trancas en las puertas principales del mercado, horarios restringidos y visitas de funcionarios de la referida alcaldía, “(...) *unado al hostigamiento constante a los concesionarios que no estamos de acuerdo en mudarnos a las instalaciones que llaman ‘nuevo mercado’* (...)”. (Subrayado de la Sala).

Igualmente, alegó el accionante que el Mercado Libre de Chacao “(...) **se ha convertido en una referencia cultural** no sólo para el mencionado Municipio, sino para todo el Estado Bolivariano de Miranda desde hace más de cincuenta años y es por tal motivo que el **Instituto del Patrimonio Cultural** a través de la Providencia N° 015/05 de fecha 01 de agosto de 2005, publicó la inscripción de la actividad realizada en el referido mercado dentro de las manifestaciones culturales tangibles e intangibles asentadas en el Censo del Patrimonio Cultural, declaradas bienes de interés cultural mediante Declaratoria N° 003-05, de fecha 20 de febrero de 2005, publicada en *Gaceta Oficial* número 38.234, de fecha 22 de julio de 2005 (...)”. (Resaltado del accionante).

Al respecto, esta Sala pasa a analizar, si el presente caso se refiere efectivamente a los derechos o intereses colectivos o difusos, para así, luego, determinar su competencia de la acción incoada o remitir el expediente al tribunal competente.

En sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: *Dilia Parra Guillén*) esta Sala -entre otras consideraciones- estableció que "(...) (e)l Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

En dicho fallo se establecen como caracteres resaltantes de los derechos cívicos, los siguientes:

1.- Cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede -en principio- actuar en protección de los mismos, al precaver dichos derechos el bien común.

2.- Que actúan como elementos de control de la calidad de la vida comunal, por lo que no pueden confundirse con los derechos subjetivos individuales que buscan la satisfacción personal, ya que su razón de existencia es el beneficio del común, y lo que se persigue con ellos es lograr que la calidad de vida sea óptima. Esto no quiere decir que en un momento determinado un derecho subjetivo personal no pueda, a su vez, coincidir con un derecho destinado al beneficio común.

3.- El contenido de estos derechos gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad, sin distinciones de edad, sexo, raza, religión o discriminación alguna.

Entre los derechos cívicos, ya ha apuntado esta Sala, que se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos a que se refiere el artículo 26 de la vigente Constitución, y respecto a los cuales en distintas oportunidades (*Vid.* entre otras sentencias 483/29-5-2000; 656/30-6-2000; 770/17-5-2001; 1321/19-6-2002; 1594/9-7-2002; 1595/9-7-2002; 571/22-8-2001; 2347/3-10-2002; 2634/23-10-2002 y 3342/19-12-2002), se ha pronunciado sobre diferentes aspectos de los mismos, como su conceptualización, legitimación para incoar las acciones en su protección, efectos del fallo que se dicta respecto a los mismos, entre otras cosas; todo lo cual ha sido resumido en la sentencia N° 3648 del 19 de diciembre de 2003 (Caso: *Fernando Asenjo y otros*).

En consecuencia, esta Sala debe precisar si la presente acción se trata de una demanda por intereses o derechos colectivos o difusos, ya que sobre esta materia le corresponde el conocimiento de las acciones que ventilen esos derechos o intereses, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal (*Vid.* entre otras sentencias 656/30-6-2000; 1298/22-5-2003; 2350/26-8-2003; 1178/16-6-2004; 15/20-1-2006; 637/21-3-2006); tal como lo hace el artículo 50 del Código Orgánico Procesal Penal, el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, o el artículo 7.7, 91 y 97.2 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Por lo tanto, mientras la ley no regule y normalice los derechos cívicos con que el Estado Social de Derecho -según la vigente Constitución- se desenvuelve, es a la Sala Constitucional a quien corresponde conocer de esta materia, debido al carácter vinculante de la interpretación que ésta realiza de la Constitución (artículo 335 *iusdem*), sobre todo al tomar en cuenta que esta materia suele referirse al logro inmediato de los fines constitucionales, y que por esa naturaleza le compete conocer de las acciones para la declaración de esos derechos cívicos emanados inmediatamente de la Carta Fundamental. De

esta manera, única y exclusivamente el contencioso administrativo, la justicia ordinaria o la especial, serán competentes para declarar y hacer efectivos estos derechos cuando la ley lo señale expresamente en sentido. Así se declara.

Las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas, aunque también pueden existir demandas que no pretendan indemnización alguna, sino el cese de una actividad, la supresión de un producto o de una publicidad, la demolición de una construcción, etc., para tratar de detener o revertir la lesión que se causa a la población en general.

Por ello, se trata de un derecho o un interés general, del cual goza el accionante, lo que permite amplitud de demandantes, siendo que él personalmente debe temer la lesión o haberla sufrido o estarla sufriendo como parte de la ciudadanía en relación a sus derechos fundamentales, ejerciendo dicha acción en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, por lo que carecerá de legitimación quien no esté domiciliado en el país, o no pueda ser alcanzado por la lesión, situación ésta que separa estas acciones de las populares. Por ello, siempre se trata de un grupo o sector no individualizado, ya que si lo fuese, se estaría ante partes concretas.

Ya ha señalado reiteradamente esta Sala que el bien común, como contenido esencial de los derechos e intereses colectivos y difusos, no es la suma de los bienes individuales, sino todos aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente, como lo es, por ejemplo, vivir en una ciudad libre de contaminación, con servicios públicos eficientes y canales para la participación en la toma de decisiones concernientes a la organización de los espacios comunes, siendo todos los anteriores expresión de un bien común pues su goce por unos no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes. Por ello, el Estado, e incluso los particulares que constitucionalmente estén obligados a ese tipo de prestaciones, pueden ser sujetos de una acción por derechos o intereses colectivos o difusos, cuando al incumplir dañan la calidad de vida de los afectados que conforman un sector determinado de la sociedad, pero tal acción surge cuando a estas personas se les imputa la prestación y su incumplimiento.

Consecuentemente, del análisis del libelo y sus recaudos, y de acuerdo con la doctrina sobre la materia de los intereses o derechos colectivos o difusos, y del análisis del escrito contentivo de la pretensión y sus anexos, en el presente caso se observa:

1. Los accionantes señalaron en su escrito de amparo conjunto con medida cautelar nominada, que de conformidad con los artículos 98 y 99 de la Constitución vigente, que el Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda, está causando a los habitantes del municipio un estado de zozobra con los actos de amenazas de demolición y otros actos que ponen en peligro intereses de los habitantes al colocar trancas en las puertas principales del mercado, horarios restringidos y visitas de funcionarios de la referida alcaldía, “(...) *unado al hostigamiento constante a los concesionarios que no estamos de acuerdo en mudarnos a las instalaciones que llaman ‘nuevo mercado’ (...)*”. (Subrayado de la Sala).

De lo anterior, se observa que los accionantes, solamente demuestran una disconformidad con el traslado de un espacio y una infraestructura a otra, disconformidad que es totalmente personal e individual y nada tiene que ver con los elementos y características de los derechos e intereses colectivos y difusos antes mencionados. Por ende, en cuanto a este alegato no se dan los supuestos de protección de estos derechos e intereses colectivos y difusos. Así se declara.

2. Igualmente, alegaron los accionantes que el Mercado Libre de Chacao “(...) **se ha convertido en una referencia cultural** no sólo para el mencionado Municipio, sino para todo el Estado Bolivariano de Miranda desde hace más de cincuenta años y es por tal motivo que el **Instituto del Patrimonio Cultural a través de la Providencia N° 015/05 de fecha 01 de agosto de 2005, publicó la inscripción de la actividad realizada en el referido mercado dentro de las manifestaciones culturales tangibles e intangibles asentadas en el Censo del Patrimonio Cultural, declaradas bienes de interés cultural mediante Declaratoria N° 003-05, de fecha 20 de febrero de 2005, publicada en *Gaceta Oficial* número 38.234, de fecha 22 de julio de 2005 (...)**”. (Resaltado del accionante).

La Sala observa frente a este alegato, que la Providencia N° 015/05 del 1° de agosto de 2005 del Instituto del Patrimonio Cultural del Ministerio del Poder Popular de la Cultura, contentiva del Censo del Patrimonio Cultural, reflejada en la Declaratoria N° 003-05, publicada en *Gaceta Oficial* número 38.234, de fecha 22 de julio de 2005, establece como “Tradicción Oral” el Mercado Libre de Chacao en todo el municipio, por lo que al efectuarse tal declaración si se encuentran involucrados los derechos e intereses colectivos que podrían verse afectados ante la destrucción o demolición de infraestructuras donde se desarrolla una actividad histórica y cultural. En tal sentido, y debiendo la Sala considerar si la demolición del Mercado Libre de Chacao puede afectar de manera negativa los intereses y derechos que se encuentran involucrados, es decir, los derechos colectivos de dicha comunidad, se declara competente para conocer de la presente acción de amparo. Así se declara.

Vista la competencia de la Sala Constitucional para conocer de la presente acción, se debe proceder a determinar si es adecuada la vía procesal ejercida, sobre todo al tomar en cuenta que la doctrina respecto a que las acciones de amparo fundamentadas en derechos e intereses difusos, no pueden ser utilizadas con fines diferentes a los netamente restablecedores, las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas, y por tanto, si la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional, la acción debe ser interpuesta por la vía ordinaria, en el entendido de que esta Sala, por aplicación analógica al caso del artículo 19 primer aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y de los principios antes aludidos, utilizará el procedimiento que crea conveniente. Así se declara.

Al efecto, esta Sala observa que los accionantes solicitan específicamente que se obligue a la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda a que no derrumbe o destruya el Mercado Libre de Chacao ubicado al final de la calle Cecilio Acosta, Casco Central y que, en consecuencia, se realice un proyecto conjuntamente con el Instituto Autónomo de Patrimonio Cultural y la ciudadanía, para reinstaurar y conservar el Mercado Libre del Municipio Chacao como patrimonio cultural del mismo.

La anterior solicitud no encuadra en lo que la doctrina establecida por esta Sala ha señalado respecto a los efectos de la pretensión de amparo constitucional con fundamento en los derechos e intereses difusos, sino más bien, se refiere a la concreción de actividades hacia el futuro; esto es, al cumplimiento de una obligación tendiente no a restablecer sino a impedir que el daño denunciado se consolide y se extienda, y tal pretensión, como se ha señalado, debe ser activada mediante la vía ordinaria. Es por ello, que esta Sala, en vista de la situación de autos, procede a modificar la calificación de la acción ejercida y, por tanto, la califica como una demanda a ventilarse por una vía procesal ajena al amparo, por derechos e intereses difusos. Así se declara.

Por otra parte, la Sala observa que la pretensión de autos resulta admisible, pues *–prima facie–* no encuadra dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, como quiera que no existe un procedimiento especial para ventilar acciones de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, y atendiendo lo previsto en el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala reitera que el procedimiento a aplicar en esta materia es el expuesto en sentencia N° 2354/2002 (caso: *Carlos Tablante*), conforme el cual:

“(…) La Sala decide aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos, y debido a que el demandante erradamente planteó un amparo, al admitirse la demanda se le comunicará que tienen la carga de promover en un lapso de cinco (5) días después de su notificación a menos que se encuentren a derecho, toda la prueba documental de que dispongan, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos si los hubiere.

Los llamados a juicio como demandados, procederán a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, produciendo un escrito de contestación que contiene sus defensas o excepciones de manera escrita, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además contendrá la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.

A partir de la contestación, conforme a lo que más adelante se expresa, el tribunal aplicará para la sustanciación de la causa, lo dispuesto en los artículos del 868 al 877 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo las partes promover, en el término señalado en el artículo 868 del citado, las pruebas que creyeren convenientes ofrecer, conforme al artículo 395 eiusdem.

Decidido lo anterior, la Sala ordena se emplace a las empresas demandadas, en la persona de sus respectivos Presidentes, para que contesten la demanda. Igualmente, se ordena publicar un edicto en la prensa llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes, e igualmente se notificará de esta acción al Fiscal General de la República, a la Procuradora General de la República y al Defensor del Pueblo, a fin que si lo considerasen conveniente acudan como terceros coadyuvantes a favor de las partes.

Se otorgan diez (10) días de despacho a partir del último citado o notificado, o de la fecha de publicación del edicto aquí señalado, si él fuese publicado después de las citaciones y notificaciones, a fin que dentro de dicho lapso los emplazados presenten la contestación de la demanda. Los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de las partes con quienes coadyuvarán.

Se fija el quinto (5°) día de despacho siguiente al fin del lapso de emplazamiento, a las 10:30 a.m. para que tenga lugar la audiencia preliminar prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, la cual será dirigida por la Sala.

Con el fin de evitar la multiplicidad de intervinientes en la audiencia, la Sala, tomando en cuenta la coincidencia en las posiciones de los mismos, podrá escoger a las personas (una o más) como representante de los coincidentes, tomando en cuenta lo expuesto por cada uno de ellos en su escrito de contestación.

Los coadyuvantes con las partes, no podrán promover las pruebas preclusivas de éstas, a ser ofrecidas con su demanda o contestación, una vez que se incorporen al proceso, y las oportunidades de promoción de las pruebas preclusivas ya no existan. Tratándose de una acción de intereses difusos y colectivos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven, y con las cuales deben coincidir en los alegatos fácticos”.

Como quiera que se trata de una demanda de protección de derechos colectivos y difusos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“(...) El procedimiento oral comenzará por demanda escrita que deberá llenar los requisitos exigidos en el artículo 340 de este Código. Pero el demandante deberá acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pidieren posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral.

Si el demandante no acompañare su demanda con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran (...).”

En relación con las pruebas promovidas, como lo fueron las documentales de la Providencia N° 015/05 del 1° de agosto de 2005 del Instituto del Patrimonio Cultural del Ministerio del Poder Popular de la Cultura, contentiva del Censo del Patrimonio Cultural, reflejada en la Declaratoria N° 003-05, publicada en *Gaceta Oficial* número 38.234, de fecha 22 de julio de 2005; el ejemplar del “Diario Chacao Nacional” del 23 al 29 de mayo de 2008, la copia de la denuncia presentada ante el Instituto de Patrimonio Cultural del 23 de mayo de 2008; la comunicación N° OA-0273.06.2008 del 27 de junio de 2008, mediante la cual el alcalde de Chacao autoriza la tramitación del Crédito Adicional N° 21-2008, a favor de la Dirección de Obras Públicas y Servicios; la comunicación N° OA-0274.06.2008 del 27 de junio de 2008, mediante la cual el alcalde de Chacao remite la solicitud de aprobación de Crédito Adicional N° 21-2008 al Consejo Municipal del Municipio Chacao a favor de la Dirección de Obras Públicas y Servicios; la copia de un Proyecto de Acuerdo del Consejo Municipal de Chacao en el cual se aprobarían el Crédito Adicional N° 21-2008; la comunicación OA-0230.06.2008 del 3 de junio de 2008 mediante la cual el alcalde de Chacao remite el Anteproyecto de Ordenanza de Creación y Funcionamiento del Instituto Autónomo de Mercados del Municipio Chacao; la comunicación del 23 de mayo de 2008 mediante la cual algunos concesionarios del Mercado Libre de Chacao denunciaron la demolición de algunos puestos; parte de la publicidad de la Alcaldía de Chacao en la que se promociona el nuevo mercado popular; el volante mediante el cual el alcalde de Chacao invita a la Jornada Especial para la nueva sede del Mercado de Chacao; y los documentos que pretenden demostrar el carácter de concesionarios de los accionantes, la Sala las admite por no ser manifiestamente ilegales ni impertinentes. Así se decide.

Establecido lo anterior y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar, esta Sala ordena –dentro de este especial tipo de acciones– conforme a la petición de los accionantes se notifique al Alcalde del Municipio de Chacao, al Síndico Procurador Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda y al presidente del Instituto Autónomo de Patrimonio Cultural. Además, esta Sala ordena el emplazamiento de los representantes de las asociaciones o agrupaciones que ejerzan actividades en el Mercado Libre de Chacao. Igualmente, se ordena publicar un edicto en la prensa llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes, e igualmente se notificará de esta acción a la Fiscal General de la República y a la Defensora del Pueblo, a fin que si lo considerasen conveniente acudan como terceros coadyuvantes a favor de las partes.

Se otorgan diez (10) días de despacho a partir del último citado o notificado, o de la fecha de publicación del edicto aquí señalado, si fuese publicado después de las citaciones y notificaciones, a fin que dentro de dicho lapso los emplazados presenten la contestación de la demanda. Los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán.

Se fija el quinto (5º) día de despacho siguiente al fin del lapso de emplazamiento, para que tenga lugar la audiencia preliminar prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, la cual será dirigida por la Sala, en el Salón de Audiencias.

Con el fin de evitar la multiplicidad de intervinientes en la audiencia, la Sala, tomando en cuenta la coincidencia en las posiciones de los intervinientes, podrá escoger a una sola persona como representante de los coincidentes.

Finalmente, en lo referente a la medida cautelar innominada en la que se solicitó que se ordene a las autoridades pertenecientes al ejecutivo municipal y al alcalde del Municipio Chacao, en cesar las vías de hecho, actuaciones materiales, medidas de fuerza, perturbaciones y amenazas de desalojo como de demolición que han venido realizando, así como la paralización de cualquier obra o proyecto que se pretenda realizar en la zona denominada Mercado Libre de Chacao, mientras dure el juicio de amparo, así como abstenerse de dictar cualquier acto administrativo que de manera directa o indirecta lleve implícito la alteración de la estructura y de la actividad del Mercado Libre de Chacao, considera la Sala que se configura la presunción de buen derecho y peligro en la demora, motivo por el cual la acuerda hasta tanto se dicte sentencia definitiva. Así se decide.

B. *Presunción de inocencia*

TSJ-SC (1632)

31-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Antonio José Yegres Reyes

La presunción de inocencia es una consecuencia obligada del principio acusatorio que rige el proceso penal. Para que una persona pueda ser condenada tiene que ser previamente acusada, razón por la cual a quien acusa tiene que exigírsele que pruebe su acusación para que el acusado pueda ser condenado; por tanto, la actividad probatoria se convierte de esta manera en su elemento esencial, con específicas características, como lo son:

1.- La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos.

2.- La actividad probatoria debe ser suficiente, pues para desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida por las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse la acusación y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del acusado.

3.- Las pruebas tienen que contener un contenido objetivamente incriminatorio, previo e independiente de su valoración posterior, han de practicarse en el juicio oral y tienen que haber sido obtenidas sin violaciones de derechos fundamentales, esto es, tienen que ser lícitas.

4.- La valoración de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano jurisdiccional, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración; razón por la cual, la alzada lo que puede controlar es si ha habido actividad probatoria que pueda ser considerada tal y, obviamente, si la conclusión alcanzada por el juzgador con base en la cual dicta sentencia, es congruente con la prueba practicada.

C. *Garantía del debido proceso. Principio del doble grado de jurisdicción*

TSJ-SC (1896)

1-12-2008

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Nancy Nuñez Román vs. Decisión Juzgado Superior Primero Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

...4.1 En relación con la primera denuncia se observa que el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo declaró con lugar la cuestión previa de caducidad del retracto y con lugar la reconvención de desalojo por insolvencia; en consecuencia, no emitió pronunciamiento sobre el fondo de la demanda de retracto legal arrendaticio.

El Juzgado supuesto agravante revocó el pronunciamiento que declaró caduca la pretensión de retracto legal arrendaticio y pasó, de inmediato, al conocimiento del fondo, en lugar de reponer la causa al estado de que hubiese juzgamiento en primera instancia sobre la procedencia del retracto como correspondía según el criterio de esta Sala, que fue expresado en sentencia N° 827 del 11 de mayo de 2005 (caso: *Recuperadora BTV*). De acuerdo con ese precedente:

La cuestión previa de caducidad, que establece el ordinal 10° del artículo 346, tiene por finalidad el establecimiento de si el derecho de acción de la parte actora persiste en el tiempo y con ella, en definitiva, se determina si el juez de instancia está obligado al análisis de la controversia y a la emisión del fallo de fondo. Si el análisis de la cuestión previa determina que no se extinguió el derecho de acción, se reconoce al justiciable su derecho a la obtención de pronunciamiento sobre el fondo en los términos legalmente establecidos.

El legislador preceptuó, en el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, que las demandas de retracto legal arrendaticio se sustanciarán y sentenciarán conforme a sus disposiciones y al procedimiento breve que regula el Código de Procedimiento Civil. El artículo 891 del Código Adjetivo Civil establece dos grados de conocimiento respecto del **fondo**; en consecuencia, los juzgados de instancia deben asegurarle a las partes tal posibilidad.

En criterio de esta Sala, el derecho al debido proceso, que reconoce el artículo 49 constitucional, garantiza a las partes el juzgamiento con apego al procedimiento conforme a derecho:

“El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, **de la manera prevista en la Ley**, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias.” (s.SC N° 05 del 24-01-01).

Adicionalmente, esta Sala ha reconocido la importancia del doble grado de jurisdicción como parte del derecho a la defensa, en los procesos donde se acoge el doble grado de conocimiento:

“...cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva. En consecuencia, **teniendo presente que las normas de procedimiento son una expresión de los valores**

constitucionales, la acción de amparo contra resoluciones, sentencias, actos u omisiones de los Tribunales de la República, está dirigida a proteger el derecho a un debido proceso que garantice una tutela judicial efectiva. Así las cosas, **el justiciable, salvo las excepciones previa y expresamente establecidas en la ley, tiene derecho a que en dos instancias de conocimiento se produzca un pronunciamiento acerca de una defensa o alegato opuesto**” (s. S.C. N° 2174 del 11-09-2002).

En sentido análogo se pronunció este Sala en reciente sentencia de revisión constitucional:

“Con tal decisión, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta incurrió, en criterio de esta Sala, en grotesco error de juzgamiento por cuanto privó a los aquí solicitantes de una decisión sobre el fondo de la controversia por parte del Juzgado de primera instancia, en claro desconocimiento de un principio jurídico fundamental con jerarquía constitucional (*ex* artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) que guarda íntima relación con los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, como lo es el del doble grado de conocimiento, así como también se apartó del criterio vinculante que, respecto del mismo, sentó esta Sala en sentencia N° 95/2000, (caso: *Isaiás Rojas Arenas*), en la que se estableció:

‘...observa esta Sala que conforme al artículo 23 de la Constitución vigente tienen rango constitucional los derechos humanos contenidos en tratados, pactos y convenios suscritos y ratificados por Venezuela, derechos que prevalecen en el orden interno, en la medida que ellos contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a los establecidos en la propia Constitución.

Entre este tipo de derechos se encuentra el de la necesidad de que en el proceso exista una doble instancia, derecho que aparece consagrado en el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, dentro de las garantías judiciales y el cual reza: ‘1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.’

‘2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:’ **‘h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.’** (Resaltado de esta Sala).

Dicho principio, a pesar de no estar recogido por la Constitución vigente, se aplica con jerarquía constitucional, debido al citado artículo 23, y sólo sufre excepciones en los procesos que en una sola instancia se ventilan ante el Tribunal Supremo de Justicia, ya que estando el Tribunal Supremo en el pináculo del poder judicial, como se desprende de los artículos 253, 254, 259 y 325 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al colocarlo como máximo y último intérprete de la Constitución, le atribuye la Ley el conocimiento directo de juicios, sobre él no hay ningún otro Tribunal que pueda conocer en una doble instancia, y de la estructura del Tribunal Supremo, según la propia Constitución, surge la excepción al principio de la doble instancia, el que podría sufrir otras excepciones de acuerdo a la especialidad de algunos procedimientos.

Tercero: Pero para los tribunales distintos al Tribunal Supremo de Justicia, que conozcan de las acciones de amparo, tiene que regir el principio de la doble instancia.” (s.S.C. N° 655 de 28-04-05, caso: *José Modesto Ávila Salazar y otros*).

Así las cosas, esta Sala considera que la sentencia objeto de amparo violó el derecho a la defensa y al debido proceso de Recuperadora B.T.V. C.A., en tanto que el pronunciamiento sobre el fondo en esa instancia, le negó el doble grado de jurisdicción a que tenía derecho de

conformidad con el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil. El Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, una vez que declaró sin lugar la cuestión previa de caducidad, estaba obligado a la reposición de la causa al estado en que se dictase decisión sobre el fondo en la primera instancia. Así se declara.

En conclusión, esta Sala anula el fallo que expidió el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, sólo en relación con la decisión de fondo, y se repone la causa al estado de que el Juzgado Primero del Municipio Sotillo del Estado Anzoátegui se pronuncie, en primera instancia, en relación con el fondo de la pretensión. Así se decide.

Con base en el criterio que se transcribió *supra*, esta Sala considera que el Juzgado Superior Primero Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo privó a la parte actora de una decisión sobre el fondo de la controversia por parte del Juzgado de primera instancia, con lo cual desconoció el principio jurídico del doble grado de jurisdicción que recoge el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), derecho de jerarquía constitucional *ex* artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, principio que guarda íntima relación con los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial eficaz. Así se declara.

TSJ-SC (1929)

5-12-2008

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso Jesús Alberto Páez y Luis Gerardo Pineda Torres vs. Decisión Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, constituido en tribunal de retasa.

El derecho a la doble instancia requiere del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicable.

...Observa esta Sala que, el artículo 28 de la Ley de Abogados, debe analizarse en cuanto a su determinación de si es o no contraria a la normativa constitucional, cuando establece que “*Las decisiones sobre retasa son inapelables*”.

En este sentido se observa que el derecho a la doble instancia en materia penal, es obligatorio y es un derecho humano reconocido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual ha sido ampliado a varios procesos judiciales que se tramitaban en única instancia, conforme lo ha señalado la Sala Constitucional, como en la sentencia N° 95/15.03.2000, ya que la apelación es el medio a través del cual se patentiza ese derecho fundamental, toda interpretación que se haga en tal sentido debe hacerse de manera progresiva, esto es, procurando la solución que aparezca más garantista de ese derecho, tal como lo ordena el artículo 23 de la propia Constitución.

Por otra parte, el literal “H” del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de aplicación prevalente en el orden interno por indicarlo así el artículo 23 de la Constitución, establece, como garantía judicial, el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior y considera que dicha norma no acepta limitación alguna y se aplica con preferencia a la parte final del numeral 1 del artículo 49 de la Constitución, según el cual “*toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley*”.

Asimismo el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra la garantía de revisión de la sentencia o el derecho a la doble instancia, en particular para el proceso penal.

De ambas normativas, la primera es efectivamente más favorable que la segunda, en cuanto no contempla expresamente excepciones legales. Ahora bien, tales garantías se circunscriben al proceso penal, pues así expresamente lo señala el encabezamiento del numeral 2 del artículo 8 del Pacto de San José y, así se desprende del propio texto constitucional cuando garantiza ese derecho, no irrestricto, a “*toda persona declarada culpable*” (subrayado de la Sala).

Asimismo el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su numeral 5, consagra la garantía de revisión de la sentencia o el derecho a la doble instancia, no en el proceso civil sino en el proceso penal.

Esta Sala, en aplicación del principio de interpretar a favor del goce y del ejercicio de los derechos fundamentales, ha extendido, en muchos casos, al proceso civil y al contencioso administrativo tal garantía -del doble grado de la jurisdicción-, lo cual es posible siempre que con ello no se esté lesionando otro derecho fundamental u otro principio preponderante, como lo es el de la aplicación por el juez del ordenamiento procesal predeterminado por la ley, que deberá ser aplicado -salvo inconstitucionalidad declarada o manifiesta- en aras de la seguridad jurídica. Ha señalado la Sala como excepción al ejercicio del derecho a la doble instancia, los procesos para los que la ley adjetiva circunscribe la competencia de su conocimiento al Tribunal Supremo de Justicia.

Asimismo, constituyen otras excepciones no excluyentes, aquellas decisiones dictadas, de acuerdo con la ley procesal aplicable, por tribunales colegiados, ello en atención a que, partiendo del supuesto que con la doble instancia se pretende reforzar la idoneidad y justeza de la decisión dictada, ello también puede lograrse, en principio, cuando es un tribunal colegiado quien la dicta. (*Vid.* entre otras sentencias la N° 2661/25-10-2002 y 5031/15-12-05).

Por otra parte, el derecho a recurrir supone, necesariamente, la anterior previsión legal de un recurso o medio procesal destinado a la impugnación del acto, ya que no toda decisión judicial dentro del proceso puede ser recurrida.

Ello atentaría, también, contra la garantía de celeridad procesal y contra la seguridad jurídica y las posibilidades de defensa que implica el conocimiento previo por los litigantes de las reglas procesales.

El derecho a la doble instancia requiere entonces del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicable.

3. *Derechos Sociales y de las Familias*

A. *Protección de niños, niñas y adolescentes*

a. *Adopción internacional*

TSJ-SC (1734)

11-11-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

La novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que en el caso de decretar una adopción internacional es determinante, que el interés superior del niño, niña o adolescente, se encuentre garantizado. El criterio determinante para que la adopción se decrete dejó de ser la reciprocidad de los Estados para atender a lo que más convenga al adoptado.

Establecido lo anterior, la Sala advierte que la desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, vigente por disposición del artículo 681 de la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por parte de la Sala de Juicio N° 5 del Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a través de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2008, que decretó la adopción internacional plena y conjunta de tres niñas, se fundamentó en la presunta colisión de la norma desaplicada con los artículos 75 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por considerar que, en el presente caso, la aplicación estricta de la disposición de rango legal impediría alcanzar el interés superior de ellas.

Una vez señalados los fundamentos y alcance de la desaplicación adoptada, y con el propósito de realizar el examen abstracto de la constitucionalidad de la norma desaplicada, esta Sala observa que el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (*G.O.* N° 5.266 Extraordinario del 2 de octubre de 1998) contemplaba lo siguiente:

“Art. 444: La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción”.

Por su parte, los artículos 75 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente:

“Artículo 75. El Estado protegerá a las familias 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 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.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

Precisado lo anterior, esta Sala aprecia, en primer lugar, que la norma objeto de control difuso de la constitucionalidad exigía la existencia de un tratado o convenio en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción, sin embargo, no especifica la norma si basta con que ese convenio o trata-

do haya sido suscrito, o si se requiere de su ratificación. Ello así, se debe acudir a lo establecido en el propio tratado que regula la materia; y al efecto, se aprecia que el **Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional**, celebrado en la Haya el 29 de mayo de 1993, establece en su artículo 46.2 que entrará en vigor para cada Estado que lo ratifique, por lo tanto debe considerarse esa etapa como la que determina el momento en el cual el tratado comienza a surtir efectos entre los Estados contratantes.

Al respecto señaló esta Sala en su sentencia N° 1393 del 13-08-01, lo siguiente: “*El iter formador de los tratados para que ellos comiencen a surtir sus efectos jurídicos plenos, finaliza con la ratificación y publicación de los mismos*”. (Destacado del fallo citado).

Así las cosas, Venezuela ratificó el referido tratado el 10 de enero de 1997, mientras que los Estados Unidos de América (residencia habitual de los solicitantes de adopción), hizo lo propio el pasado 1 de abril de 2008, de ese modo, cuando se dictó la decisión objeto de análisis, la falta de ratificación de dicho convenio por parte de los Estados Unidos de América atentaba contra el principio de reciprocidad, base de las relaciones internacionales, lo cual no daba garantía de que el Estado en el cual mantenían residencia habitual los solicitantes de la adopción, diera cumplimiento a los considerandos que llevaron a los países miembros a suscribir el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, es decir, el órgano jurisdiccional no podía tener certeza de que dicho Estado pudiera “...adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales...”.

Lo anterior determina que, según lo dispuesto en el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al momento en el cual se dictó la decisión cuya constitucionalidad se revisa (11 de febrero de 2008) no era aplicable entre Venezuela y los Estados Unidos de América el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, por lo que la exigencia contenida en la norma era válida y en consecuencia bajo esa perspectiva no se encontraban cubiertos los extremos legales para el decreto de la adopción, ni de la colocación intrafamiliar.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que para la fecha de emisión del presente fallo, el Convenio referido ya ha sido ratificado por los Estados Unidos de América, revisar la sentencia objeto de estudio y reponer la causa al estado de que se dicte una nueva decisión, constituiría una reposición inútil en razón de la sobrevenida ratificación por parte del país receptor, lo cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, marca el inicio de su entrada en vigor para el Estado que lo ratifique, lo cual conforma una garantía de cumplimiento de lo pactado, y en consecuencia es un indicativo de cooperación internacional.

Asimismo considera la Sala que no puede obviarse además, que el *telos* de la norma desaplicada (artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), como puede apreciarse de la lectura de la exposición de motivos respectiva, lo conforma “...la necesidad de proteger adecuadamente a los niños o adolescentes que son dados en adopción a personas que residen en otros países...”, para de esa manera evitar el tráfico de niños, y ello, como se desprende de la motivación del fallo que se analiza, no fue precisamente lo que analizó el sentenciador al momento de llevar a cabo la desaplicación efectuada.

Otro aspecto importante a evaluar lo constituye el hecho también sobrevenido de que la norma contenida en el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se encuentra actualmente derogada por la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (*G.O.* N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de

2007), incluso desde que se dictó sentencia en el caso que se analiza; pero la Sala advierte que el texto derogado era el que regía la relación jurídica por disponerlo así el artículo 681 de la nueva ley, el cual regula lo referido al régimen procesal transitorio.

Al analizar esa nueva Ley se puede apreciar cómo el legislador atenúa las exigencias en materia de adopción internacional, y ya no exige la prueba de reciprocidad que era indispensable a la luz de la ley de 1998. En efecto, el artículo desaplicado condicionaba la adopción internacional a la existencia de un convenio en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción, mientras que el nuevo cuerpo normativo en su artículo 407, al contemplar los tipos de adopción, se refiere a la de tipo internacional de la siguiente manera:

“La adopción es internacional cuando el niño, niña o adolescente, a ser adoptado u adoptada, tiene su residencia habitual en un Estado y el o los solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro Estado, al cual va a ser desplazado el niño, niña o adolescente. Cuando el niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada tiene su residencia habitual en el territorio nacional y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la ley venezolana.

*Los niños, niñas o adolescentes que tienen su residencia habitual en la República Bolivariana de Venezuela sólo pueden considerarse aptos o aptas para una adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en la República Bolivariana de Venezuela y **constaten que la adopción internacional responde al interés superior del niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada.** En el respectivo expediente se debe dejar constancia de lo actuado conforme a este artículo”.* (Destacado de esta sentencia).

Como puede apreciarse, en la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para decretar una adopción internacional es determinante, que el interés superior del niño, niña o adolescente, se encuentre garantizado. En otras palabras, el criterio determinante para que la adopción se decrete dejó de ser la reciprocidad de los Estados para atender a lo que más convenga al adoptado. En las materias que involucren niños, niñas y adolescentes, siempre ha constituido una prioridad para esta Sala procurar la decisión más conveniente a sus intereses; en ese sentido es pertinente citar lo expuesto en sentencia N° 2320 del 18 de diciembre de 2007, en la cual se señaló:

“Casos como el presente exigen mucha prudencia, responsabilidad y razonabilidad, gran ponderación, un dominio impecable de las instituciones familiares, con sus efectos y consecuencias sociales; además, de una especial sensibilidad y un manejo de los distintos institutos procesales, toda vez que las decisiones que se dictan en torno a los niños, niñas y adolescente producen e inciden de manera decisiva en su desarrollo y formación integral. Cuando se dictan medidas judiciales que los afectan se produce una innovación sentimental y afectiva; pero además, éstas repercuten en el aspecto social y estilo de vida; de tal manera, que no pueden los jueces y juezas disponer de los niños, niñas y adolescentes como si de objetos se tratara; ellos no sólo son sujetos de derecho, sino que debe tenerse presente cómo sienten y padecen de manera significativa a consecuencia de un proceso judicial, y cómo una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en su existencia; por tanto, no puede ordenarse trasladar de un lado para otro, sin mediar y ponderar las transformaciones de vida que ello implica”.

En el presente caso se aprecia que luego de la errada desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la sentencia objeto de revisión se fundamentó únicamente en el *interés superior* de las niñas cuya adopción se requirió, como si de la aplicación del artículo 407 de la nueva ley se tratara, haciendo referencia a circunstancias y hechos que se originaron a partir de la colocación intrafamiliar internacional

acordada por auto judicial del 16 de julio de 2001, el cual infringió abiertamente el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, puesto que desde su origen el procedimiento se inició incumpliendo la ley. De modo que no podía de ella derivar efectos legales válidos para justificar posteriormente (6 años después) la adopción internacional desaplicando el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente como hizo la sentenciadora.

La desaplicación de normas autorizada constitucionalmente amerita dar cumplimiento a lo señalado por esta Sala en sentencia N° 1696/05 en la que se expresó:

“En casos de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, o como lo expresa el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia. En esta desaplicación de una norma por colidir o ser incompatible con la Constitución, consiste el control difuso.

Para que dicho control se aplique, es necesario:

- 1) *Que exista una causa, lo que equivale a un proceso contencioso.*
- 2) *Que una de las partes pida la aplicación de una norma.*
- 3) *Que dicha norma colida con alguna disposición constitucional, lo que indica que debe tratarse de una contradicción objetiva (de texto); o que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental.*
- 4) *Que el juez se vea en la necesidad de aplicar la norma que considera colide con la Constitución, ya que esa es la ley que regirá el caso. En consecuencia, si el juez a su arbitrio puede inaplicar la ley, ya que considera que el supuesto de hecho de la norma no ha sido probado, o que el caso puede ser resuelto mediante la invocación de otra disposición, no tiene razón alguna para practicar control difuso alguno.*
- 5) *Que quien lo adelante sea un juez, así ejerza la jurisdicción alternativa, dentro de un proceso donde se pide la aplicación de la ley o norma cuestionada.*
- 6) *Que el juez no anule la norma sometida al control, sino que la inaplique en el caso concreto.*

Ejercido el control difuso, su efecto es que, para el caso concreto, sólo con respecto a éste, no se aplica la disposición”.

Dado que en el presente caso, la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, no cumplió los parámetros señalados, hasta el punto que la norma desaplicada no colidía con el texto constitucional, esta Sala aperece a la mencionada juzgadora a los fines de que en futuras oportunidades evalúe con más precaución los asuntos que le corresponda resolver, en acatamiento de la doctrina vinculante de la Sala, *so pena* de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

Así las cosas, considera esta Sala que el hecho de que la decisión dictada el 11 de febrero de 2008, por la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, haya desaplicado erróneamente el artículo 444 de la derogada Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente cuando dicho precepto no colidía con el Texto Fundamental, es determinante para que esta Sala revise la sentencia, sin embargo, ante el hecho sobrevenido de que para la fecha de emisión del presente fallo, el Convenio referido ya ha sido ratificado por los Estados Unidos de América, reponer la causa al estado de que se dicte una nueva decisión, constituiría una reposición inútil, en consecuencia, no se anula el fallo revisado, y al efecto se confirma la adopción internacional plena y conjunta, decretada en el referido fallo.

Esta Sala no puede dejar de advertir a la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que tal como lo señaló esta Sala Constitucional, el “interés superior del niño” no puede ser utilizado como una referencia constante e indiscriminada sin atender a su exacto contenido por parte de los jueces de protección para resolver los casos que son sometidos a su conocimiento. Al efecto, la sentencia N° 1917/03 hace la misma advertencia, al establecer que:

“... *¿Implica lo anterior que el concepto jurídico indeterminado “Interés superior” del niño se antepone a cualquier otro derecho subjetivo o interés legítimo de los ciudadanos? No, sólo significa que, bajo ningún concepto, ha de prevalecer, en el Derecho de Menores, otro interés que el que la propia Ley tutela: El del niño y el del adolescente, sin obviar que dicho interés debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el resto del sistema constitucional y legal, ya que no puede llevar a subvertir o derogar implícitamente las demás normas del ordenamiento jurídico, y así se declara”.* (Destacado de este fallo).

b. *Rectificación de partidas*

TSJ-SC (1851)

28-11-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Desaplicación del artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La Sala declara no conforme a derecho la desaplicación del artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y advierte a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país, que ante una solicitud de rectificación de partida que involucre a un niño, niña o adolescente, deberán decidir, como punto previo, si la solicitud de rectificación de partida versa sobre verdaderos errores materiales, y si así lo fuere remitir, en consecuencia, la solicitud al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o si por el contrario, cabe la intervención judicial al tratarse de un error cuya solución debe obtenerse a través de la jurisdicción voluntaria en aplicación de lo establecido en el artículo 511 *eiusdem* .

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca del asunto sometido a su conocimiento y al respecto advierte que la remisión hecha a este órgano judicial de las copias certificadas de la decisión dictada el 14 de enero de 2008 por el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, tiene como propósito -tal como se expuso *supra*- “*que [esta Sala] conozca sobre el Control Judicial de la Constitución, ejercido por este Juez Unipersonal N° 1, de conformidad con el artículo 336, ordinal 8, los artículos 25 y 139, en concordancia con los artículos 136 y 137 de la Constitución Nacional (sic), referentes a las violaciones al orden público, por cuanto existe en la actualidad un choque entre la intención del Constituyente, con el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, colidiendo con lo establecido en el artículo 501 del Código Civil que establece que ninguna partida de los registros del estado civil podrá reformarse después de extendida y firmada, sino en virtud de sentencia ejecutoriada y a través, por supuesto del Tribunal competente”.*

Ahora bien, debe esta Sala precisar la conformidad en derecho del “Control Judicial de la Constitución”, ejercido por el Tribunal remitente, a través del cual señaló que:

“Debe, en consecuencia, este Órgano Jurisdiccional, autointegrar las normas, pasando del control pasivo y relativo de la constitucionalidad de las leyes, para aplicar la Constitución frente al artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, que colide con la intención del legislador en el artículo 501 del Código Civil, norma de eminente orden público, protegido por los artículos 25 y 139 de la Constitución Nacional (sic), y por tanto se deben remitir estas actuaciones informando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de la presente decisión; porque a juicio de este Tribunal, cada vez que al analizarse una norma para su aplicación a un hecho específico real y del rastreo histórico que se haga se descubre y se pone en evidencia que colide con la Constitución Nacional (sic), se debe por un lado y de acuerdo a los principios generales, desecharla y aplicar la Constitución, y remitir las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución Nacional (sic), ordinal 8º...”

...Omissis...

“Por tanto, y tomando las consideraciones anteriores, es el más Alto Tribunal de la República, a través de la Sala Constitucional, quien debe pronunciarse acerca de la interpretación definitiva y vinculante en toda la República Bolivariana de Venezuela, que se le debe dar al punto. En consecuencia se resuelve remitir copia del expediente con esta decisión, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines del control activo directo y absoluto de la Constitución Nacional (sic), y así se decide”.

En este sentido, se observa que, el juez remitente ejerció control difuso de la constitucionalidad, aún cuando parte de la argumentación empleada como fundamento del fallo dictado fue desarrollada como si se tratara de una colisión de leyes, por lo cual esta Sala estima necesario traer a colación la interpretación establecida en su sentencia N° 833 del 25 de mayo de 2001, al analizar el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señalar que:

“Consecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (incluso los de la jurisdicción alternativa) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso.

Dicho control se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, éste reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), que es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría.

Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

*La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter **erga omnes**, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso. Las Salas Constitucional y Político Administrativa pueden ejercer el control difuso en una causa concreta que ante ella se ventile, y el control concentrado mediante el*

juicio de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento a ellas corresponde. La máxima jurisdicción constitucional se refiere al control concentrado, el cual es un control por vía de acción, que lo ejerce la Sala Constitucional, conforme al artículo 336 constitucional y, en ciertos casos, la Sala Político Administrativa.

Conforme al artículo 334 aludido, el control difuso sólo lo efectúa el juez sobre normas (lo que a juicio de esta Sala incluye las contractuales) y no sobre actos de los órganos que ejercen el poder público, así ellos se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

No debe confundirse el control difuso, destinado a desaplicar normas jurídicas, con el poder que tiene cualquier juez como garante de la integridad de la Constitución, de anular los actos procesales que atenten contra ella o sus principios, ya que en estos casos, el juzgador cumple con la obligación de aplicar la ley, cuya base es la Constitución.

Distinta es la situación del juez que desaplica una norma porque ella colide con la Constitución, caso en que la confrontación entre ambos dispositivos (el constitucional y el legal) debe ser clara y precisa.

Esto último, conlleva a la pregunta ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?

*Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones **motu proprio** que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado”.*

Como puede apreciarse, el control difuso o desaplicación de una norma por prevalencia de la norma constitucional, consiste en una facultad del juez o jueza en el desempeño de su labor jurisdiccional; y cuyo ejercicio está dirigido a facilitar la obtención de una tutela judicial efectiva; sin embargo, su uso no puede ser indiscriminado, por lo que es indispensable que la confrontación de la norma desaplicada con el texto constitucional sea clara, precisa y motivada. Tal postulado no fue observado por el juez remitente en el caso *subjudice*, puesto que desaplicó por control difuso una norma legal que no atenta de manera alguna contra la normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; creando con ello un aparente conflicto entre normas; y obviando, la plena vigencia de la norma que el juez o jueza debe tener como una presunción de legalidad mientras no sea impugnada su constitucionalidad.

En el presente caso, el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, desaplicó el artículo 516 de la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007), el cual dispone lo siguiente:

“En caso de rectificación de partidas, salvo los referidos a la corrección de errores materiales cometidos en las Actas del Registro Civil que son competencia de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o de establecimiento de algún cambio permitido por la ley de una partida de los Registros del Estado Civil, el o la solicitante debe presentar copia certificada de la partida, indicando claramente el cambio y su fundamento. Adicionalmente, debe indicar las personas contra quienes pueda obrar el cambio, o que tengan interés en ello, así como su domicilio y residencia.

Antes de proceder a notificar, debe publicarse un cartel en un diario de circulación nacional o local, de conformidad con el artículo 461 de esta Ley, emplazando para la audiencia a cuantas personas puedan ver afectados sus derechos. Las personas contra quienes obre la solicitud y los terceros interesados puedan formular sus oposiciones y defensas en la audiencia”.

El fundamento empleado por el juzgador para efectuar dicha desaplicación, consistió en que la norma transcrita atentaba contra lo establecido en los artículos 25 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y que además colidía con el artículo 501 del Código Civil, el cual “...*determina que las rectificaciones de partidas se realizarán mediante juicio para lograr la respectiva sentencia jurisdiccional revestida del carácter de la cosa juzgada y susceptible entonces de ejecución*”, y que éste último constituía “...*una norma de orden público, que por lo tanto está protegido por la Constitución Nacional (sic)*...”. Sin embargo, el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, obvió que tales disposiciones constitucionales constituyen garantías cuya violación no es susceptible de ser invocada de forma directa; sino dentro del marco procedimental de producción del derecho, lo cual no ocurre en el presente caso.

Además, si de colisión de leyes se tratara tampoco observó el juez remitente, los postulados lógicos esenciales que integran el criterio determinante para solucionar casos de colisión de leyes, tales como la primacía de lo especial sobre lo general, y la primacía de lo posterior sobre lo anterior; expresados en los clásicos aforismos: *generi per speciem derogatur y lex posterior derogat priori*.

Así las cosas, tenemos que si bien el Código Civil, vigente desde el 26 de julio de 1982, dispone en el referido artículo 501, lo siguiente:

“Ninguna partida de los registros del estado civil podrá reformarse después de extendida y firmada, salvo el caso previsto en el artículo 462, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, y por orden del Tribunal de Primera Instancia a cuya jurisdicción corresponda la Parroquia o Municipio donde se extendió la partida”.

La nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula lo relacionado con la rectificación de partidas en un aspecto muy especial y particular, como lo es el referido a los casos de rectificación de errores materiales contenidos en las partidas de niños, niñas y adolescentes, en los que para cuya corrección el legislador especial prefirió, atendiendo al interés superior del niño, que en esos casos el trámite no fuese jurisdiccional, sino que pudiese ser sustanciado sumaria y expeditamente por los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Asimismo, la novísima ley deja entendido, que en el caso de que no se trate de meros errores materiales, deberá seguirse lo estipulado en el artículo 511 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Frente a las señaladas disposiciones normativas, y ante el supuesto de hecho constituido por la solicitud de corrección de errores materiales en la partida de nacimiento de un niño, hijo de la solicitante, es evidente que debe predominar el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes frente al artículo 501 del Código Civil; solución a la que igual se accedería aplicando el criterio según el cual la ley posterior priva sobre la ley anterior.

El Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, para resolver el presente caso, y en el proceso de elegir una norma jurídica aplicable en uso pleno de las funciones

jurisdiccionales que posee, es decir, al momento de ejercer su labor reflexiva y racional para la cual se encuentra absolutamente autorizado, debió decidir con fundamento en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, aplicable al caso concreto; pero en cambio al desaplicar la norma por considerarla inconstitucional, erró en su labor interpretativa, lo cual justifica la intervención de esta Sala en procura de aplicar los correctivos necesarios.

Las razones expuestas determinan que esta Sala anule la sentencia objeto de revisión; y en consecuencia ordene emitir un nuevo pronunciamiento; sin embargo, observa la Sala que en la parte dispositiva del fallo que se revisa se ordenó continuar el procedimiento de *“Rectificación de Partida intentado por la ciudadana MARTHA TERESA EPIEYU, en beneficio del niño (...), de conformidad con lo previsto en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia”*, y que en virtud de esa orden, el Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, dio continuidad al curso de la causa principal y emitió sentencia definitiva en la causa el 28 de febrero de 2008, en la cual sostuvo lo siguiente:

“...del examen de los instrumentos probatorios indicados y que forman parte de las actas de este expediente, está suficientemente demostrado el error material en que se incurrió en el libro duplicado llevado por la Jefatura Civil de la Parroquia Ricaurte del Municipio Mara del Estado Zulia, en el acta de nacimiento N° 1144 al asentar el primer nombre de la progenitora del niño de autos como ‘MARIA’, cuando lo correcto es ‘MARTHA’. Al igual que ha quedado suficientemente demostrado el error material en que se incurrió en el Libro Duplicado llevado por el Registro Civil del Estado Zulia, en el acta de nacimiento N° 1144 al asentar el primer nombre de la progenitora del niño de autos como ‘MARIA’, cuando lo correcto es ‘MARTHA’, por lo cual de conformidad con el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil antes transcrito, se debe declarar con lugar la Rectificación de la Partida de Nacimiento en los términos solicitados; y así se establece”.

Como puede apreciarse del fallo parcialmente transcrito, ya en el procedimiento de rectificación de partida se emitió un fallo estimatorio e incluso, se ordenó *“...la inserción íntegra de esta sentencia en los libros de nacimiento del año en curso, original y duplicado, llevado por la Jefatura Civil de la Parroquia Ricaurte del Municipio Mara del Estado Zulia, sin hacer alteración de la partida rectificadora, colocando al margen de esta última una nota marginal señalando que la misma fue objeto de rectificación según la presente sentencia, con indicación del número, libro y fecha en la que quedó inserta esta sentencia en dicho libro. Igual anotación marginal debe estamparse en el acta de nacimiento rectificadora que reposa en el archivo de la Oficina de Registro Civil del Estado Zulia”*, y ante el hecho cumplido resulta contrario al interés superior del niño que se anulara el fallo, y en consecuencia y sólo por esa razón esta Sala lo confirma. Así se decide.

No obstante lo anterior, según lo expuesto en el presente fallo, al no ser inconstitucional como se ha expresado la norma contenida en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país, ante una solicitud de rectificación de partida que involucre a un niño, niña o adolescente, deberán decidir, como punto previo, si la solicitud de rectificación de partida versa sobre verdaderos errores materiales, y si así lo fuere remitir, en consecuencia, la solicitud al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; o si por el contrario, cabe la intervención judicial al tratarse de un error cuya solución debe obtenerse a través de la jurisdicción voluntaria en aplicación de lo establecido en el artículo 511 *eiusdem*; ello con el fin de evitar que ningún otro juez con

la referida competencia aplique en los casos de solicitud de rectificación de partidas de niños, niñas y adolescentes por errores materiales, el procedimiento establecido en los artículos 768 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en prevalencia de lo estatuido por la norma especial contenida en el artículo 516 de la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Así se decide.

Visto el contenido interpretativo de la presente decisión se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, así como su reseña en el sitio web de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

4. *Derechos Laborales: Irrenunciabilidad*

TSJ-SC (1854)

28-11-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Jesús Ángel Barrios Mannucci vs. Decisión Sala de Casación Social Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala analiza la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.

Ahora bien, en cuanto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el artículo 89.2 de nuestra Carta Magna, establece que

“Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley”.

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala que:

“En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”.

Dentro de este mismo orden de ideas, esta Sala en sentencia N° 1482/02, (Caso: “*José Guillermo Báez*”), al analizar el orden público de la legislación laboral, estableció lo siguiente:

“...las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo son de orden público (ex artículo 10) y establecen un conjunto de derechos de los trabajadores que son irrenunciables y que constituyen un cimiento jurídico inexpugnable, pues, por debajo de esos derechos, no es válido ningún acuerdo entre trabajadores y patronos que implique la inderogabilidad de tales preceptos (por ejemplo, el trabajador y el patrono no pueden celebrar un contrato donde estipulen que no habrá derecho a vacaciones, preaviso, antigüedad, etc, ya que, tal disposición sería absolutamente nula). El carácter tuitivo de la ley atiende a la débil naturaleza económica del trabajador; de no ser así, el patrono podría controlarlo fácilmente, mediante la imposición de su voluntad en la constitución de las condiciones de la relación laboral” (Negrillas de la Sala)

De las normas y jurisprudencia parcialmente transcritas concadenadas con la denuncia del solicitante, advierte esta Sala que efectivamente el fallo objeto de revisión igualmente infringió el *principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales* al ignorar el carácter de orden público que ostentan las disposiciones protectoras contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo. En efecto, constata esta Sala cómo en la decisión objeto de revisión se estableció contrariamente a lo señalado en las normas transcritas *ut supra*, que, al inicio de la relación laboral, por voluntad de la partes y de forma tácita, se podían derogar normas de orden público, dictadas precisamente para proteger los derechos constitucionales de trabajadores y trabajadoras y el trabajo como hecho social.

En tal sentido, esta Sala considera importante destacar que los principios que informan el Derecho del Trabajo, entre los que se encuentra el principio de irrenunciabilidad de las normas que benefician al trabajador, son directrices dirigidas al juez para asegurar la consecución del objeto propio del Derecho del Trabajo y, evitar así que se frustre la intención del legislador en perjuicio de los trabajadores, razón por la cual carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales el trabajador admite prestar servicio en condiciones menos favorables a las establecidas en la normativa vigente, no entendiéndolo, esta Sala por consiguiente, cómo en la decisión objeto de revisión se admitió el supuesto de que el trabajador renunció de forma tácita a sus derechos laborales de orden público y constitucionalmente irrenunciable máxime cuando “[e]s nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos”, por mandato constitucional.

Por último, el solicitante de la revisión alegó en su escrito que el fallo cuestionado, interpretó erróneamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias [artículo 89.1 Constitucional], al aplicarlo “...**a favor del patrono de manera contraria e inconstitucional...**”.

En tal sentido, observa la Sala que en la decisión objeto de revisión, no se advirtió cómo el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, además de incurrir en el vicio de incongruencia, interpretó erróneamente el *principio de primacía de la realidad sobre las formas*, para de manera forzada negarle al trabajador la protección del ordenamiento laboral venezolano cuya aplicación territorial conforme a la Ley Orgánica del Trabajo había determinado la Sala de Casación Social en sentencias citadas *ut supra* N° 377/2004, 1099/2005 y 1792/2005.

Al efecto, el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas al analizar el caso concreto señaló que “...*la formalidad (...) se vió (sic) rebasada por la realidad constituida por la efectiva prestación del servicio en las oficinas de ORACLE DE VENEZUELA, C.A., (...) el sentenciador concluye que no resulta aplicable la legislación venezolana al caso bajo estudio sino durante el período laborado en el país, por cuanto, evidenció del análisis probatorio que la voluntad de las partes, contenida en la oferta de trabajo y en la aceptación a ésta, fue la celebración de un contrato de trabajo, que, por la naturaleza del cargo a desempeñar, Director de Impuestos de la Corporación a nivel de Latino América, acarrea la prestación del servicio personal fuera de Venezuela, lo cual debió haber sido comprendido a cabalidad por el demandante, pues ejerce la profesión de abogado. Es por ello que, en virtud de la oferta de trabajo realizada, así como de las funciones que en razón del cargo debía desempeñar el actor, la prestación del servicio debía realizarse en el exterior y si bien, éste realizó labores en Venezuela, al comenzar la relación de trabajo, fue únicamente mientras se realizaban los trámites necesarios para la obtención de los documentos necesarios para trabajar en Estados Unidos de América, siendo durante este lapso, únicamente, que la Ley Orgánica del Trabajo reguló dicha relación, no pudiendo extenderse su territorialidad mas allá del mismo*”. Además de incurrir en el vicio de incongruencia, no deja de sorprender a esta Sala el razonamiento del superior de instancia al postular una versión nominalista del principio constitucional de primacía de la realidad que constituye su propia negación, ya que de ninguna manera la primacía de la realidad puede demostrarse de la voluntad contractual de las partes, cuando es precisamente todo lo contrario, la realidad de la relación de trabajo se impone sobre lo negociado contractualmente.

Finalmente, esta Sala delata el error cometido por la Sala de Casación Social al señalar que el fallo recurrido en casación por el hoy peticionario, fue dictado el 5 de febrero de 2007, cuando en realidad fue dictado el 15 de marzo de 2007, y publicado en extenso el 30 del mismo mes y año, por el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En atención a lo expuesto, estima esta Sala que ha lugar a la solicitud de revisión propuesta, en consecuencia anula la sentencia N° 207, dictada por la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal, el 26 de febrero de 2008, y se ordena a dicha Sala que dicte nueva decisión sobre el recurso de casación interpuesto por el aquí solicitante contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2007 y publicada en extenso el 30 del mismo mes y año, por el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con prescindencia de los vicios en lo que incurrió en el fallo que aquí se anula. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *El Poder Judicial*

A. *Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje*

TSJ-SC (1541)

17-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Hildegard Rondon de Sanso y otros (Interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución.)

La Sala con motivo de interpretar el alcance del único aparte del artículo 258 constitucional, relativo a los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, interpreta el artículo 22 de la ley de promoción y Protección de Inversiones, rechazando que el Estado haya dado su consentimiento en la Ley para el arbitraje internacional ante el CIADI.

Respecto del fondo del asunto planteado se reitera que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se verifiquen las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predefinido un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y completivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicán de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1.347/2000, (caso: “Ricardo Combellas”).

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

1) Imprecisión en cuanto al motivo de la solicitud. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del Texto Constitucional o cuando no se alegue una afectación actual o futura a la esfera jurídica del solicitante. Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: “*Gisela Peña Troconis y otros*”) y sentencia N° 278/2002, (caso: “*Beatriz Contaste*”).

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: “*Homologación de Pensiones y Jubilaciones*”); sentencia N° 346/2001, (caso: “*Consejo Nacional Electoral*”); sentencia N° 1857/2001, (caso: “*Ángel Alberto Vellorín*”) y sentencia N° 2728/2001, (caso: “*Néstor Luis Oquendo*”).

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atentar contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: “*Hermann Escarrá*”); sentencia N° 1316/2001, (caso: “*Defensoría del Pueblo*”) y sentencia N° 1912/2001, (caso: “*Enrique Ochoa Antich y otros*”).

Ahora bien, luego de un atento examen del presente expediente, la Sala estima que el alcance del único aparte del artículo 258 constitucional, relativo a que la legislación deberá promover el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, condiciona no sólo el contenido de la labor legislativa sobre la materia, sino que plantea al incluirlo dentro del sistema de justicia, un parámetro interpretativo del resto del ordenamiento jurídico vinculado al sometimiento de controversias a arbitraje y directamente relacionado con los principios de soberanía (administración de justicia), en aquellos casos en los cuales surge una controversia entre inversionistas internacionales y la República Bolivariana de Venezuela; de allí que esta Sala procede a su análisis en los siguientes términos:

En el caso de autos, la parte accionante solicita la interpretación en cuanto al alcance y contenido del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que “(...) *es evidente que no contribuyen a propiciar el arbitraje previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quienes pretenden obtener la voluntad arbitral de deducción, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por lo tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades (...)*”, por lo que el contenido del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, “(...) *no conforma una manifestación de voluntad de consentimiento del Estado para someter a arbitraje todas sus controversias con inversionistas extranjeros (...). La inflexión verbal imperativa ‘serán’, empleada en el artículo antes transcrito, no puede ser tomada en su sentido gramatical estricto. Si así se interpretara no quedaría ningún conflicto entre inversionistas extranjeros y el estado, que no debiera ir al arbitraje, negándose cualquier otra vía de solución, como la negociación, conciliación (...)*”, y las propias vías contenciosas contempladas en la legislación de Venezuela tal como dispone a texto expreso el mencionado artículo, aunado a que la propia norma señala que el arbitraje procede de existir un tratado que lo establezca y se otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

La presente interrogante surgió en virtud de que en los actuales momentos “(...) la República ha sido el epicentro de un interés legítimo y actual en ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual es un hecho notorio comunicacional (...)

por cuanto el llamamiento de Venezuela a órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por medidas nacionalistas que han sido dictadas por el Gobierno, tales como: las relativas a la afirmación de la plena soberanía petrolera, mediante la eliminación de los Convenios de Asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco y su conversión en empresas mixtas en la forma prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (...).”

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas planteó la necesidad de establecer con claridad “(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognoscitiva y decisoria está sometida a limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en forma escrita, clara, expresa, indubitante, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...).”

Esta Sala a los fines de resolver el recurso interpuesto, pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

1.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

“(...) Artículo 253. (...) *El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.*

(...)

Artículo 258. (...)

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...) (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que “(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un des-

ahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, “(...) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.139/00-

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos.

A esa óptica de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse una precisión hermenéutica vinculante por parte de esta Sala, según la cual si bien doctrinalmente los mencionados medios alternativos son usualmente divididos en aquellos de naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje o las cortes o comités internacionales con competencia en determinadas materias -vgr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- y de las de naturaleza no jurisdiccional o diplomática como la negociación, mediación o conciliación, en las cuales las partes retienen el control de la controversia, pudiendo en todo caso aceptar o negar las proposiciones de acuerdo de las partes o de un tercero -Vid. MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3° Ed., 1998-, desde el enfoque de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es posible jerarquizar un medio de resolución de conflictos sobre otro, siendo ellos en su totalidad manifestación del sistema de justicia.

Por ello, cuando la Sala afirmó que “(...) los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)” y que “(...) el imperativo constitucional de que la

Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, no puede interpretarse como una jerarquización por vía jurisprudencial a favor del arbitraje y en detrimento de los otros medios alternos de resolución de conflictos, sino que en el caso de proceder el arbitraje u otro medio, debe favorecerse la implementación del mismo para la resolución del conflicto.

Ahora bien, dado que el arbitraje es el fundamento para la procedencia del presente recurso de interpretación, esta Sala hará referencia a este medio alternativo de resolución de conflictos, que por lo demás es en la práctica nacional e internacional de particular importancia y utilidad como se señalará *infra*.

Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitución del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución), tales como el Código de Procedimiento Civil (1986) que prevé tanto la conciliación como el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo (1990), que regula el arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos colectivos; la Ley Sobre el Derecho de Autor (1993), se refiere al arbitraje institucional ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1994), que prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre particulares y empresas de seguros; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), que establecía el arbitraje como mecanismo voluntario para la resolución de controversias que se susciten entre consumidores, usuarios y proveedores de servicios y la Ley de Arbitraje Comercial (1998), que inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), traspuso en nuestro foro, los principios universales que apuntalan la operatividad del arbitraje en el ámbito comercial.

También bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del *desideratum* constitucional (*ex* artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

En tal sentido, se pueden mencionar a manera de ejemplo los artículos 312 al 326 del Código Orgánico Tributario (*G.O.* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), los cuales desarrollan el arbitraje en el contencioso tributario; los artículos 138 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (*G.O.* N° 37.504 del 13 de agosto de 2002), que regulan el arbitraje en materia laboral e incluyen una etapa obligatoria de conciliación en los procesos laborales; los artículos 164 y 206 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*G.O.* N° 5.771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005), que prevén una Audiencia oral conciliatoria en el contencioso administrativo agrario y en materia de conflictos entre particulares, lo cual viabiliza la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias de arbitraje en aquellos aspectos disponibles por las partes; el artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (*G.O.* N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), que estableció expresamente que “*En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes: (...) b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigable-*

mente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la **ley que rige la materia**, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”; asimismo, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (G.O. N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999), al establecer una norma similar en su artículo 24, numeral 6, literal b), el cual fue desarrollado en el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (G.O. N° 5.471 Extraordinario del 5 de junio de 2000), el cual en su artículo 19 expresamente se refiere al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos y; en similar sentido se pueden mencionar -aunque algunas son preconstitucionales- el artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999); los artículos 63 y siguientes de la Ley de Asociaciones Cooperativas (G.O. N° 37.285 del 18 de septiembre de 2001); los artículos 256 y 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (G.O. N° 5.561 Extraordinario del 28 de noviembre de 2001), y el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (G.O. N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999), que aun y cuando no alude expresamente a los medios alternativos, sí los admite desde el mismo momento en que ha establecido la resolución *jurisdiccional* y no administrativa de todos los conflictos en la materia arrendaticia.

En el contexto internacional, la República Bolivariana de Venezuela es parte de un número de acuerdos internacionales que promueven la resolución alternativa de controversias mediante el arbitraje. En este sentido, la República suscribió, aprobó y ratificó diversos Tratados, que la ubican entre los países promotores y afines con el arbitraje, convirtiéndola en lo que comúnmente se denomina “*foro amigable*”, dentro de los cuales cabe destacar: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de CIADI) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-; también forma parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá) -G.O. N° 33.170 del 22 de febrero de 1985-; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo) -G.O. N° 33.144 del 15 de enero de 1985- y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones -G.O. N° 4.634 Extraordinario, del 22 de septiembre de 1993-.

Igualmente, la República ha suscrito una importante cantidad de Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones, los cuales contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado (huésped o receptor) y un nacional de otro Estado, dentro de los cuales se deben mencionar:

PAÍS	SUSCRIPCIÓN	G.O. N°/FECHA	VIGENCIA
Alemania	14/05/1996	36.383/28-01-1998	16/10/1998
Argentina	16/11/1993	4.801 Ext./01-11-1994	01/07/1993
Barbados	15/07/1994	4.853 Ext./08-02-1995	31/10/1995
Bélgica y Luxemburgo	17/03/1998		
Brasil *	04/07/1995	36.268/13-08-1997	

Canadá	01/07/1996	5.207 Ext./20-01-1998	28/01/1998
Costa Rica *	17/03/1997	36.383/28-01-1998	02/05/2001
Chile	02/04/1993	4.830 Ext./29-12-1994	25/05/1995
Cuba	11/12/1996	37.913/5-04-2004	
Dinamarca	28/11/1994	5.080 Ext./23-07-1996	19/09/1996
Ecuador	18/11/1993	4.802 Ext./02-11-1994	01/02/1995
España	02/11/1995	36.281/01-09-1997	10/09/1997
Francia	02/07/2001	37.896/11-03-2004	15/04/2004
Irán	02/03/2006	38.389/02-03-2006	
Italia	05/06/1990 14/07/2001		
Gran Bretaña e Irlanda del Norte	15/03/1995	36.010/30-07-1996	01/05/1996
Lituania	24/04/1995	5.080 Ext./23-07-1996	01/05/1996
Países Bajos	22/10/1991	35.269/06-08-1993	01/11/1993
Perú	12/01/1996	36.266/11-08-1997	
Portugal	17/06/1994	4.846 Ext./26-01-1995	11/05/1995
Paraguay	05/09/1996	36.301/29-09-1997	14/12/1997
República Checa	27/04/1995	36.002/17-07-1996	23/07/1996
Suecia	25/11/1996	5.192 Ext./18-12-1997	05/01/1998
Suiza	18/11/1993	4.801 Ext./01-11-1994	30/11/1994
Uruguay *	20/05/1997	36.519/18-08-1998	18/01/2002

(* En espera de notificación por los gobiernos de dichos países, conforme a los datos contenidos en la las páginas web, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet? requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST153](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST153), www.mre.gov.ve/public/Tratados%20-%20Francia.pdf y <http://www.mpd.gob.ve/venezuela-nva/quinta-parte.htm>, consultadas el 15 de julio de 2008).

A la par del desarrollo y promoción legislativa patria, también esta Sala Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro con los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar los asertos y tópicos tratados en las siguientes decisiones, según las cuales:

Los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -*vgr.* Laudo arbitral- y, por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial -*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.

También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) *el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)*” -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Además, la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previniendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros -*Vid.* Sentencia N° 572/05-.

Igualmente, se ha reconocido la posibilidad que el Estado u otra entidad pública estatal de derecho público o privado, pueda someterse a un procedimiento arbitral nacional o internacional -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 186/01-, lo que implica (como será desarrollado *infra*), una manifestación indudable de un ejercicio de soberanía.

Incluso, se ha reconocido la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (*ex* artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de

nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.

Conjuntamente con las decisiones antes reseñadas, el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la importancia y necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional. En ese sentido, recientemente los Presidentes y Representantes de los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela -así como Panamá en su condición de invitado-, reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre -Declaración de Nueva Esparta-, su consenso en relación a los: “(...) *MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (...). PROPONEMOS a los Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, que se considere en el temario de sus reuniones: (...). b) la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (...).*”

De ello resulta pues, que no sólo desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, sino que el Estado se ha insertado activamente en los procesos internacionales que han consentido la materialización de un sistema de justicia arbitral efectivo para resolver los conflictos que le son planteados y, precisamente, a tal proceso, no ha escapado el Poder Judicial venezolano y, más específicamente, esta Sala Constitucional.

2.- EL ALCANCE Y LÍMITES DEL SISTEMA DE JUSTICIA ARBITRAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

A los fines de abordar la institución del arbitraje en el ordenamiento jurídico vigente, se debe tener presente que el contenido de los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la alusión de la jurisprudencia de esta Sala al arbitraje como derecho que debe concatenarse con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, no son necesariamente el resultado de los planteamientos relativos a la inoperancia y arbitrariedad de la justicia del *ancienne regime*, los cuales dieron lugar a diversas previsiones Constitucionales vigentes a fines del siglo XVIII y principios del XIX en Europa, como fue el caso del artículo 280 de la Constitución Española (1812), la cual declaró que “(...) *no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes (...)*” o del artículo 5 de la Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791), al declarar en similar sentido que “(...) *el derecho de los ciudadanos a terminar definitivamente sus conflictos por medio del arbitraje, no puede recibir ningún ataque por los actos del poder legislativo (...)*” -*Vid.* CREMADES, J.A. “Cuatro Lustros de la Ley Francesa de Arbitraje Comercial Internacional” en *Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, 1 de 2001-.

Tampoco es preciso asumir el enfoque que en el área iberoamericana, otros textos constitucionales le han otorgado al arbitraje como una institución que aborda o comprende asuntos meramente comerciales o de restricto interés particular como son los casos de Costa Rica,

en la Constitución de 1949 (reformada), cuyo artículo 43 establecía que “*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente*”; Honduras, con la consagración del artículo 110 de la Constitución de 1982 (reformada), cuyo contenido rezaba que “*Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento*”; El Salvador, con la Constitución de 1983 (reformada), la cual en su artículo 23, asentó que “*Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles*”; Colombia, en el artículo 116 de la Constitución de 1991, que consagró que “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”; o la norma contenida en el artículo 202 de la Constitución de Panamá del 15 de noviembre de 2004, la cual dispone de forma similar a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la “*(...) administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales decidirán por sí mismos acerca de su propia competencia*” (Cfr. FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Compilación de las Constituciones Políticas*. FUNEDA, Caracas, 1999).

En ese mismo orden, parecen insuficientes a los fines de esclarecer el ámbito del sistema de justicia arbitral, los antecedentes constitucionales que consagraron el derecho al arbitraje. Así, el artículo 190 de la Constitución del 24 de septiembre de 1830, establecía que “*(...) Los venezolanos tienen plena libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos (...), con tal que observen las formalidades legales (...)*”; con posterioridad, las Constituciones del 18 de abril de 1857 (artículo 100) y del 31 de diciembre de 1858 (artículo 150), reproducen una norma similar, las cuales desaparecen a partir de la Constitución del 18 de abril de 1864, quedando sin consagración expresa desde el punto de vista constitucional, el derecho al arbitraje como medio de solución de pleitos entre particulares.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se señaló que “*(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)*”.

A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.

Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente.

Así, el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en “(...) *la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se verifica en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

Ahora bien, para discernir el alcance y contenido del arbitraje es necesario acudir al texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual directamente impone limitaciones conceptuales al arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos que forma parte del sistema de justicia consagrado en el artículo 253 *eiusdem*.

Así, al disociar los elementos irreductibles que delimitan el significado y alcance del arbitraje como una “(...) *institución por la cual un tercero resuelve una controversia o diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos (...)*” -Vid. Jarrosson, Charles. *La Notion d'Arbitrage, Droit et de Jurisprudence*, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale, Paris, 1987, p. 372-, se desprende que el arbitraje responde en primer lugar al principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, que permite el ejercicio por parte de un tercero de funciones de orden jurisdiccional y comporta que una vez instaurado el correspondiente proceso arbitral, el mismo debe responder a las garantías y límites que establece el ordenamiento jurídico aplicable.

A igual conclusión debe arribarse, del contenido del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual señala que “(...) *El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (...)*”; lo cual evidencia que tanto a nivel legal como doctrinario, se reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje.

Respecto del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-.

Al respecto, la Sala ha señalado categóricamente que “(...) el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-.

El principio de voluntariedad o autonomía de la voluntad, además de envolver elementos relativos a la formación y vicios del consentimiento, comporta igualmente un análisis en relación a las materias que pueden por voluntad de las partes ser objeto de un proceso de arbitraje, vale decir, que controversias pueden ser válidamente resueltas mediante un laudo arbitral sea éste nacional o internacional (Arbitrabilidad).

El criterio para determinar cuando una disputa es arbitrable depende del ordenamiento jurídico que se trate, siendo que bajo algunas legislaciones sólo es posible someter una disputa a arbitraje cualquier ámbito jurídico en el cual las partes son libres de disponer de los derechos que serán objeto de la eventual demanda ante el tribunal arbitral, o bien se utiliza como criterio la capacidad de las partes de poder acordar someterse a la justicia arbitral más que el parámetro referido a la posibilidad de disponer libremente de los derechos en conflicto. Sin embargo, los medios para someter determinada controversia a arbitraje puede ser el resultado de los dos criterios antes mencionados, de disposiciones expresas que prohíban el sometimiento de particulares materias a la justicia arbitral o a otras formas o criterios -Vid. Bernardini, Piero. *The Problem of Arbitrability in General*, en la obra editada por Emmanuel Gillard y Domenico Di Pietro. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New Cork Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 517-522-.

Así, en el marco del derecho comparado, la legislación alemana y austríaca combinan los criterios relativos a la libre disposición de los derechos con los del carácter patrimonial de la disputa -Cfr. Bernardini, Piero. *Ob. Cit.-*; por su parte, en Suiza se adoptó el contenido patrimonial de las controversias como criterio, así cualquier controversia que envuelva intereses económicos o pecuniarios para las partes puede ser objeto de arbitraje, lo cual comporta que aunque existan límites en la capacidad de disponer ciertos derechos, el conflicto es arbitrable si tales derechos sobre los cuales se basa la demanda, tienen un valor pecuniario -Vid. Decisión de la Corte Suprema Federal de Suiza (*Schweizerischen Bundesgerichtetes*) del 23 de junio de 1992, caso: “*Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara S.p.A. vs. M. and Tribunal Arbitral*” y Baron, Patrick. M. y Liniger, Stefan. *A Second Look at Arbitrability*, en la *Revista Arbitration International*, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Vol. 19, N° 1, Londres, 2003, p. 27-54- y; en Francia la jurisprudencia ha desarrollado una noción de autonomía de las cláusulas arbitrales -ya que se postula la validez de la cláusula arbitral independientemente de la validez del contrato que la contiene-, lo cual va más allá de la posición generalmente adoptada por el resto de los ordenamientos jurídicos nacionales, al considerar que las cláusulas de arbitraje al fundamentarse en la voluntad de las partes son autónomas respecto de cualquier legislación nacional, estando sujetas únicamente a las normas imperativas de la legislación francesa y al orden público internacional -Cfr. Bernardini, Piero. *Ob. Cit.-*.

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -*vgr.* Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -*vgr.* En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato-, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes.

De ello resulta pues, que las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a hacer cesar, iniciar o modificar una práctica o actividad del presunto infractor de la normativa especial y no orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga -en cada caso- de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (*Vgr.* En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artí-

culo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por “remarcaje” de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva).

Así, visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional. Así se declara.

A.- DEL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL.

Desde una perspectiva constitucional, resulta paradigmático el contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala que en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Sobre el alcance del mencionado artículo respecto de la posibilidad de someter a arbitraje a los denominados contratos de interés público, esta Sala comparte el criterio que asentó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de agosto de 1999, en relación con el artículo 127 de la Constitución de 1961, conforme a la cual “(...) resulta evidente (...), que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la constitución de 1947. Sistema que por lo demás impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno u otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate (...)”.

Aunado a ello, la Sala advierte que la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.

No obstante, si bien es innegable que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales, plantea asumir el tema de la resolución de conflictos resultantes de esa vinculación, fundamentalmente en el ámbito económico y sobre todo en el área de los negocios interna-

cionales; no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.

Por el contrario, es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines -vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo-; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos; que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.

De ello resulta pues, que la referencia constitucional en la expresión “(...) *si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos* (...)” (artículo 151), no debe entenderse como relativa a una distinción formal o doctrinaria entre contratos de derecho público o privado, sino se vincula a la posibilidad efectiva de desarrollar una determinada actividad económica o negocio, que versan o inciden en materias de interés público, entendido éste como “(...) *el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*” (Cfr. Héctor J. Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250). Por lo cual, en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa -Vid. Kaj Hobér. *Arbitration Involving States*. En la obra de Lawrence W. Newman y Richard D. Hill (Editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Second Edition, Juris Publishing, Inc., Suiza, 2004-.

Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de las respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.

Así, se deberá atender tanto a las disposiciones normativas -vgr. Convenios Internacionales, legislación interna, o cláusulas contractuales- en las cuales se fundamentaría el sometimiento de las controversias a un sistema de justicia como el arbitral, como en la actividad

desarrollada por la correspondiente entidad, ya que si bien bajo el principio “*par im parem non habet imperium*”, se ha afirmado que un Estado soberano no puede ser juzgado sin un consentimiento por escrito, así como la imposibilidad del Estado a someter a la jurisdicción de tribunales de otros Estados en materia relativas al ejercicio de la soberanía, podría presentarse circunstancias en las cuales el Estado directa o indirectamente -empresas estatales- actúe o desarrolle actividades de evidente carácter comercial que en forma alguna puedan subsumirse bajo la excepción de soberanía en los términos antes expuestos.

En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el **principio de soberanía**, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.

De forma análoga a las consideraciones antes expuestas, en el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones comerciales internacionales las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional -*Vid.* Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: “*Tesoro Público francés v. Galakis*” del 2 de mayo de 1966 y *Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel* y Goldman Berthold, *Traité de l’Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, Paris, 1996.

En Estados Unidos en tres decisiones -*leading cases*- de la Corte Suprema, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo al carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil y se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales -*Vid.* Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en los casos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972; *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 1974, (*Securities Exchange Act*) y *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, 1985-.

Conforme a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el alcance del criterio establecido por esta Sala al señalar que “(...) de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental (...)” -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 186/01-, en la medida que **la República en ejercicio de su soberanía puede determinar de forma particular los términos y condiciones con base a los cuales se someterán a la jurisdicción arbitral internacional, toda vez que bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* un Estado debe ser lo suficientemente soberano para honrar su promesa de someterse a arbitraje internacional** (*Vid.* Dhisadee Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*. Cameron May, Londres, 2007).

Finalmente, la Sala debe asentar expresamente que los anteriores asertos en forma alguna se constituyen en un cambio de criterio de esta jurisdicción constitucional en la materia, sino por el contrario ratifica y amplía las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1.942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual:

“(...) Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;

2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados.

Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...).”

De ello resulta pues, que si bien es posible que el Estado se someta válidamente a la jurisdicción internacional en caso que la decisión del correspondiente órgano contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstan-

cia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretende ejecutar la decisión.

Toda vez que de conformidad con la sentencia de esta Sala N° 1.309/01 “(...) *no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependen del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 eiusdem (...)*”.

Con fundamento en tales consideraciones y en ejecución de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, se garantiza la supremacía constitucional, la soberanía, la autodeterminación nacional y la tradición de la cultura como fuente de interpretación “(...) *y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la ‘interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista’ (...)*” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.265/08-.

B.- DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

Como se señaló anteriormente la Sala no desconoce que las inversiones extranjeras directas pueden influir decididamente en el desarrollo económico de la República, en la medida en que promuevan efectivamente la transferencia de capitales, tecnologías, servicios, así como el acceso de la producción nacional a los mercados foráneos. En esa relación del Estado con el capital extranjero se genera una vinculación de sistemas de Derecho Internacional Privado y Público, en el cual el régimen del arbitraje internacional y las inversiones extranjeras es fundamental.

Mediante los denominados arbitrajes internacionales no solamente se resuelven por disputas originadas en operaciones internacionales como aquellas relacionadas con el comercio exterior, la compraventa internacional de mercaderías, o a cuestiones vinculadas con la obtención de licencias, transferencias de tecnología, construcción, seguros, franquicias, transportes, prestación de servicios, bancos, financiamientos; sino incluso a materias relacionadas con inversiones extranjeras.

No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al -ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

La relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores se encuentra regulada fundamentalmente por un conjunto de tratados de inversión bilaterales o multilaterales, con arreglo a los cuales las entidades foráneas que realicen inversiones en el territorio de

otro Estado se aseguran protección, especialmente en materias tales como el trato igual y no discriminatorio, aplicación material de las cláusulas de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, justa compensación en caso de expropiación, libre transferencia de rentas y la recurribilidad ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otras.

Los tratados firmados bilateralmente entre Estados, sobre la promoción y protección de las inversiones en uno y otro de los Estados firmantes, han sido denominados en múltiples formas pero comúnmente son conocidos por sus siglas en inglés como “*BITs o Bilateral Investment Treaties*” o en español “*APPRI o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*”, o aquel Tratado Internacional entre dos Estados, por el cual cada uno de ellos se compromete a proteger y promover, en la misma forma en que se haga en el territorio del otro Estado contratante, si bien con sujeción a las disposiciones propias de derecho interno de cada una de ellas, las inversiones realizadas por particulares de cada uno de ellos.

Así, los acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones son tratados que bajo los principios de la protección diplomática, trasladan estos mismos a la posición de los inversores, otorgándoles el derecho de perseguir directamente a los Estados receptores de la inversión en los términos previstos en el propio acuerdo bilateral de protección y promoción recíproca de inversiones, creando derechos directos a favor de los inversores -*Vid.* Siqueiros, José Luis. *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment*. En: *California Western International Law Journal*, Vol. 24, 1994-; configurando lo que la doctrina ha denominado “Arbitraje sin consentimiento contractual”-*Vid.* Paulsson, Jan, “Arbitration Without Privity”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, 232, 1995.

Los denominados acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones extranjeras, se constituyen entonces en instrumentos jurídicos internacionales que no sólo facilitan las relaciones comerciales y de inversión entre los Estados y sus inversionistas, sino establecen mecanismos que les permiten a los inversores ante una violación de sus derechos, recurrir a un método de resolución de conflictos como el arbitraje internacional.

Así, en el marco de la **autonomía de la voluntad y del principio de soberanía** de los Estados es común que se prevea la facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional. **Siendo una opción de cada Estado determinar las materias incluidas o excluidas del correspondiente tratado y los medios o modalidades para la tutela de los derechos de los inversores**, lo cual posibilita que se permita al inversor acudir directamente al arbitraje internacional -modalidad conocida como “*fork in the road*”-, o en cambio establecer la obligación de someter en primer lugar la controversia a los tribunales nacionales y sólo considerar abierta la vía del arbitraje internacional, ante la omisión de pronunciamiento u otras circunstancias.

Los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones extranjeras, no solamente prevén normas relativas al compromiso asumido por los Estados respecto de las inversiones a realizar por sus particulares en el territorio del otro, cuya extensión puede incluir todas las materias que puedan llegar a decidir dichos Estados como sujetos de derecho internacional; sino que posibilitan que sea el propio particular y no su Estado de nacionalidad, quien tenga el derecho a solicitar ante particulares organismos y por determinados medios, la protección frente al incumplimiento de los compromisos asumidos en los mencionados acuerdos bilaterales por parte del Estado receptor de las inversiones.

Con relación a los tratados multilaterales de promoción y protección de inversiones, similares consideraciones deben plantearse, siendo perfectamente viable que en el contexto de los mismos puedan someterse las correspondientes controversias a tribunales arbitrales.

Así, en el ámbito internacional puede referirse el caso del Mercado Común del Sur o MERCOSUR y, en particular, el artículo 8 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyo contenido es el siguiente: “(...) *Artículo 8. Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo (...)*”.

También debe reseñarse, el caso de la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.), ya que en el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, se asignó a este órgano del sistema andino de integración nuevas competencias, entre las cuales se encuentra la función arbitral. Así, el artículo 38 del referido Protocolo establece que:

“(...) Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro (...)”.

Igualmente, el supuesto regulado en el Tratado de Libre Comercio Colombia, México y Venezuela (Grupo de los Tres), suscrito el **13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias** y, denunciado por la República el 22 de mayo de 2006, regula el sometimiento al sistema de justicia arbitral, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 17-18: Comunicación y Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje.

El inversionista contendiente que pretenda someter una reclamación a arbitraje en los términos de esta sección lo comunicará a la Parte contendiente.

Siempre que hayan transcurrido noventa días desde la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior y seis meses desde que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

a) las Reglas del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio de CIADI'), cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;

b) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de CIADI; o

c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ('Reglas de Arbitraje de CNUDMI'), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976, cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de CIADI, o este no se encuentre disponible.

Las reglas propias de cada uno de los procedimientos arbitrales mencionados en el párrafo anterior serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección.

Cada Parte consiente en someter las reclamaciones a arbitraje de conformidad con lo previsto en esta sección (...)”.

En el ámbito europeo puede mencionarse el caso del denominado “*Energy Charter Treaty (ETC)*”, según el cual cada parte contratante da su incondicional consentimiento para someter las disputas que surjan con ocasión de ese tratado, a mecanismos internacionales de arbitraje o conciliación y en el caso del primer medio alternativo, hasta cuatro modos, a saber (i) arbitraje CIADI -si se ha suscrito su Convención-, (ii) el mecanismo complementario del CIADI -si no se ha suscrito su Convención-, (iii) arbitraje *ad hoc* normado por el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y (iv) un arbitraje por la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Tales normas como se expondrá en el siguiente aparte, constituyen medios de manifestación del **consentimiento de los Estados, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso bajo los principios de derecho internacional, particularmente bajo la vigencia del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados** (Convenio CIADI, Washington, 1965), si se trata, obviamente, de una disputa remitida a dicho Centro.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al ser el arbitraje el sistema de resolución de controversias por excelencia en el plano internacional, cuando nos referimos a un arbitraje de inversión en el que se debate sobre el incumplimiento de un tratado (*treaty claims*), debe distinguirse de aquellos arbitrajes en los cuales se están debatiendo otro tipo de cuestiones que aun ubicadas en el marco internacional, el alcance de las materias que pueden ser objeto del mismo no se refiere al incumplimiento del derecho internacional y, en particular, a las garantías del correspondiente tratado de inversión, sino a cuestiones de orden comercial ordinaria a los cuales se les suele denominar “*arbitraje comercial internacional*”.

Al respecto, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece que “(...) 3) *Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley (...)*” -Vid. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-

Tal distinción es relevante en tanto el debate que surge sobre el incumplimiento de un tratado, modifica el alcance y los límites sobre los cuales puede versar la disputa arbitral, ya que los Estados en ejercicio de su soberanía pueden a su elección -a la carta- determinar todos los ámbitos o materias que pueden incluirse o excluirse en determinado tratado, así como la escogencia de los medios para la resolución de conflictos -*vgr.* Arbitrajes, Tribunales Especiales, entre otros- y límites para el ejercicio de los mismos, **siendo en cualquier caso necesario una manifestación expresa, inequívoca y particular al respecto.**

Con lo cual, esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil, como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir, aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así se declara.

C.- DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL SISTEMA ARBITRAL INTERNACIONAL.

Como bien señala la doctrina, en el arbitraje los problemas concernientes a la jurisdicción y competencia están básicamente limitados a la determinación y alcance del consentimiento para someter controversias al sistema de justicia arbitral, siendo que la existencia de una cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje dependerá en cada caso, de la concurrencia de la intención de las partes de someterse a esta jurisdicción y la prueba de su existencia.

En materia de arbitraje, resulta un dogma en el ordenamiento jurídico venezolano que la voluntad que manifieste el Estado de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito, ya que el mismo debe ser expreso y perfectamente delimitable sobre qué materias o asuntos puede versar, lo cual presupone como se enunció anteriormente, que esa formalización del consentimiento que se realiza en forma escrita, sea libre e inequívoco.

La razón que justifica la satisfacción del carácter escrito, es desde un punto de vista probatorio, que el mismo provee la evidencia de la manifestación externa y concurrente del consentimiento de las partes, así como la extensión de las materias y los requerimientos -de haberlos- para acceder a la sede arbitral.

Ahora bien, para la doctrina es posible que la manifestación de voluntad del Estado se produzca bajo tres vías, a saber **(i) con la suscripción por parte de la administración (nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) de un contrato en el cual se incluya una cláusula de arbitraje; (ii) mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y; (iii) mediante el establecimiento por una ley nacional.** En ese sentido se ha interpretado el contenido del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) -*Vid.* Cremades, Bernardo. *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration*, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001-, el cual es del tenor siguiente:

“(...) (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(...)

(3) *El consentimiento de una subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.*

(4) *Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior (...)*” (Resaltado de esta Sala).

En el mencionado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, fue establecido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual para conocer de una determinada controversia conforme al artículo 25 parcialmente transcrito, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que la disputa surja directamente de una inversión; (ii) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del Convenio, y (iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Asimismo, es pertinente destacar que en el arbitraje internacional administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), se autoriza al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) a conocer procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), circunscribiéndose los mismos a los (i) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; comprobación de hechos (ii); y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, siempre y cuando la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye también un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos, los cuales son el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

En cualquier caso, cuando las partes disponen someterse al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, resulta relevante tener en consideración que éste sólo resultará aplicable si así lo han acordado por escrito y de forma expresa las partes, conforme al contenido en el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que “(...) ***[L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)***” (Resaltado de esta Sala), **por lo que la suscripción del referido convenio no es considerado como una oferta abierta o unilateral de voluntad de los Estados de someterse al arbitraje regulado por ella.**

Así, en el caso que el Estado sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la manifestación de voluntad puede derivarse como se señaló anteriormente, de una cláusula contractual y acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones o de una ley nacional.

De igual forma, en el supuesto de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), es posible que la manifestación de voluntad provenga de cláusulas contractuales, un acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones -*vgr.* En el plano internacional y en ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN conocido también por TLC o NAFTA (por sus siglas en inglés North American Free Trade Agreement o ALÉNA, del francés: “*Accord de libre-échange nord-américain*”) conforme al artículo 1120- o de una ley nacional.

Ahora bien, respecto al **primer supuesto** para que se considere que existe una manifestación de voluntad, en el ordenamiento jurídico vigente es posible que la administración acuerde en un contrato someter sus diferencias a arbitraje, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia -*Vid.* Artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999)-.

Así, debe atenderse al contenido y alcance de cada cláusula para determinar la voluntad de las partes, tal como se refleja en el contexto de tratados internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual establece lo siguiente:

“(…) Artículo 2

1.- Cada uno de los Estados Contratantes **reconocerá el acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas **respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.**

2.- La expresión ‘**acuerdo por escrito**’ denotará una **cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.**

3.- El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (...)” -*Vid.* Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)-.

Se advierte entonces que en el plano internacional, se reconoce igualmente que el consentimiento de los **Estados** debe ser expreso (por escrito) y que el mismo debe ser inequívoco y particular, ya que no puede referirse en términos generales a cualquier relación jurídica - sino a una determinada-, la cual una vez delimitada, puede establecerse en términos amplios o restringidos, siendo necesario que la misma sea expresa e incuestionable.

De igual forma, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad corresponderá a las partes determinar las materias sometidas a arbitraje, el derecho aplicable entre otros elementos, de conformidad con la normativa que rige la materia. El origen contractual del sometimiento a la justicia arbitral, hacen plenamente aplicables principios como el de la

relatividad de los contratos *-res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest-*, según el cual sólo los contratantes están ligados por el contrato, por lo que únicamente respecto de ellos el contrato tiene fuerza obligatoria y perjudican y aprovechan sus efectos *-Vid. García-Muñoz, José Alpiniano. Derecho Económico de los Contratos. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001-*.

Asimismo, se debe tomar en consideración que en el plano internacional las operaciones vinculadas a la inversión comportan en algunos casos un grupo de acuerdos sucesivos, por lo cual se ha tomado una visión de un conjunto de expresiones del consentimiento, por lo que las cláusulas de arbitraje no son consideradas como aplicables a los límites derivados del documento particular que contenía la cláusula arbitral, sino son enmarcadas dentro del contexto de la relación contractual total de las partes y por ello aplicables a la operación entera - Cfr. La decisión de CIADI en el caso "*Holiday Inns v. Morocco*", del 12 Mayo de 1974 y a Lalive, P., *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) — Some Legal Problems*, 51 British Year Book of International Law. 1980, p. 123, 156-159.

El **segundo supuesto**, se verifica mediante la suscripción y ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de tratados internacionales, tales como los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y protección de inversiones, que contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado y un nacional de otro Estado y, a cuyo texto particular debe recurrirse en cada caso.

Así, es posible que se produzcan contrataciones que sean tuteladas con posterioridad por tratados o acuerdos bilaterales de inversión o que tales contrataciones se produzcan como resultado de las condiciones favorables establecidas en los respectivos acuerdos o tratados, posibilitándose en muchos casos las reclamaciones de particulares *-inversionistas-* frente al Estado.

Tales circunstancias respecto de las condiciones favorables para el inversor, planteadas en el contexto de las negociaciones internacionales ha generado como práctica habitual, la posibilidad que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses *-Forum Shopping-*, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones, **lo cual si bien puede verificarse acorde al ordenamiento jurídico como una actividad procesal perfectamente lícita y legítima, en algunos casos puede constituirse un verdadero fraude, en la medida que el mismo se utilice para vulnerar el principio de buena fe de las partes para lograr un beneficio o ventaja no tutelado por la legislación efectivamente aplicable, y en detrimento de los derechos e intereses de la otra parte; como es el caso de aquellas conductas asumidas *ex post* al negocio jurídico, con ocasión al surgimiento de la disputa o controversia, entre otros elementos o índices indicativos reveladores del fraude. Con lo cual en cada caso debe aplicarse el *test* o parámetro de racionalidad, cuyo contenido se materializa en que el potencial demandado no termine sujeto a un foro al cual no tenía una expectativa razonable de sometimiento *-Vid. Richard H. Kreindler. Arbitral Forum Shopping. En la obra Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers - ICC Institute of World Business Law. Bernardo M. Cremades & Julian D.M. Lew, París, 2005 y Weinberg De Roca, Inés. Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002-*.**

Respecto al **tercer supuesto** de manifestación de voluntad del Estado que se enunció anteriormente (consentimiento vía ley nacional), la Sala advierte que el análisis del mismo no se agota o limita únicamente a las consecuencias formales de considerar que las controversias internacionales que se presenten entre la República e inversionistas extranjeros, deban some-

terse a la jurisdicción arbitral internacional y, particularmente a la del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), esto es, en otras palabras, que sus consecuencias jurídico prácticas se circunscriban a temas de jurisdicción sino que, además, inciden directamente en el ámbito sustantivo de las controversias en cuanto al derecho aplicable y a los principios de las relaciones internacionales como se expondrá *infra*.

No desconoce esta Sala que en la doctrina y jurisprudencia internacional, las leyes pueden ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: “*Tradex Hellas SA vs. Albania*”) -*Vid.* Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC_262_\(1996\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_(1996).pdf)-, en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada “*Ley de Albania de 1993*” contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); o con anterioridad en la controvertida decisión N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: “*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*”), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada “*Ley de Inversiones de Egipto*” no requería de las partes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.

Por ello, el análisis de la manifestación de voluntad del Estado si bien debe abordarse conforme al derecho interno en la medida que es con base a tal ordenamiento jurídico que se genera el acto estatal, también es pertinente considerar los principios y criterios internacionales en la materia para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional. Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala advierte que si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario, ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional -*Cfr.* CIADI, caso: “*CSOB vs. Slovakia*” del 24 de mayo de 1999-.

Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

“(…) El principio Compétence-Compétence y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Compétence. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de Competence tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de compétence que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. Compétence hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin compétence dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por compétence.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...)” -Cfr. González De Cossío, Francisco. El Principio Compétence-Compétence Revisado, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiera del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción.

Sobre la base de los anteriores parámetros, se advierte que desde el punto de vista de derecho interno la Sala ha señalado que “(...) la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución. Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía

del orden jurídico, etc.) [Ripert, Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo. (...) parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/03-

Así, en el presente caso es procedente acudir al principio general de interpretación de la ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, cuyo contenido afirma que “(...) 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 (...)”, lo cual 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.

Así, “(...) 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 (1994. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4° Edición). Madrid: Editorial Cívitas. p. 29) 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 (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 760/07-

En ese contexto, la República puede determinar según razones de oportunidad y conveniencia las condiciones y alcances de sus relaciones internacionales, así como los medios alternativos de resolución de conflictos, toda vez que del texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son todos ellos (arbitraje, conciliación, negociación) parte del sistema de justicia, sin que exista prevalencia de un medio sobre otro.

Ciertamente, si bien la República y el gobierno conforme a la Constitución y leyes vigentes se encuentran limitados en la extensión de sus facultades frente a otros sujetos de derecho internacional por principios fundamentales del ordenamiento jurídico -tales como las limitaciones contenidas en el artículo 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “(...) El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional (...)”-, también es que la soberanía y la autodeterminación nacional permiten y obligan a los órganos del Poder Público a establecer las condiciones más favorables para el logro de los intereses y fines del Estado consagrados en la Constitución, conforme al artículo 152 el cual establece lo siguiente:

“(...) Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, co-

operación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales (...)".

Ahora bien, dado que conforme al ordenamiento jurídico nacional **el consentimiento del Estado** en el arbitraje legal y jurisprudencialmente es inequívoco y expreso en los términos antes señalados, presupone asimismo que el consentimiento deba ser informado -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 192/08-, para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía.

Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular. Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de resolución de conflictos, sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso.

Así, se debe postular que si bien es posible que mediante una ley la República pueda emitir su voluntad de someterse al arbitraje internacional -supuesto que no se verifica en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones como se expondrá *infra*- la interpretación de las correspondientes normas en el derecho interno debe realizarse en cada caso, tomando en consideración los criterios contenidos en la presente decisión.

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente SHREUER al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, **no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística**, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas -como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual-, **o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley -como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje- y previsiones que debido a su falta de claridad deben interpretarse** -tal como se consideró en el mencionado caso del CIADI N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*")- (*Vid.* Schreuer, Christoph. *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer ed. 2008), consultado el 17 de julio de 2008 en la página web http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf).

En ese orden, se puede reseñar el tratamiento que en el derecho comparado se ha efectuado en torno a la manifestación del consentimiento de los Estados en materia de arbitraje, sobre la base de la cual esta Sala advierte lo siguiente:

PAÍSES	LEGISLACIÓN	CONTENIDO Y CONDICIONES
Albania	1993 Ley N° 7764 Artículo 8	Esta legislación fue objeto de análisis en el citado caso del CIADI " <i>Tradex vs. Albania</i> " del 24 de diciembre de 1996, constituyéndose la referida norma como una inequívoca oferta unilateral de sometimiento a arbitraje respecto a los casos vinculados con expropiaciones.
Costa de Marfil	1995 Ley N° 95/260 Artículo 24	En el presente ordenamiento jurídico, no sólo somete al Estado a las previsiones del CIADI y del mecanismo complementario, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 24, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.
El Salvador	1999 Ley de Inversiones Artículo 15	En su artículo 15 <i>eiusdem</i> , se establece que "(...) <i>En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI); Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del CIADI (...)</i> ", lo cual denota no sólo la inexistencia de una oferta unilateral, sino la necesidad de un acuerdo previo o una manifestación de voluntad por escrito de las partes, para poder someterse a la jurisdicción arbitral.
Egipto	1997 Ley N° 8 Artículo 7	En el artículo 7 de la correspondiente ley de inversiones, se establece expresamente que las disputas surgidas con ocasión de la aplicación de la ley, entre Estados y de éstos con inversionistas deben resolverse de conformidad con lo acordado por las partes, ello a los fines de evitar las interpretaciones desfavorables que respecto de leyes derogadas, habían formulado órganos de arbitraje internacional - <i>Vid.</i> CIADI, decisiones del 14 de abril de 1988, caso: " <i>Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt</i> " y del 24 de junio de 1993, caso: " <i>Manufactures Hanover Trust Co. vs. Arab Republic of Egypt</i> "-.
Etiopía	1999 N° 37/1996 Artículos 21 y 22	Se establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.

Kazajistán	2003 Ley sobre Inversiones Artículo 9(2)	Como resultado de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se abandonó el sistema abierto o liberal y se estableció la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
México	2006 Ley de Inversión Extranjera	Esta legislación no contiene ni permite un consentimiento unilateral del Estado para someter disputas a arbitraje internacional. No obstante, cabe destacar que bajo la ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN y conforme al artículo 1120 <i>eiusdem</i> , México se ha sometido a varios procedimientos en CIADI.
Namibia	1993 Acta N° 24 Artículo 13	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional y prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.
Perú	1991 Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera Artículos 16 y 17	De conformidad con los artículos 16 y 17, “(...) <i>Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad de tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte del Perú. Artículo 17.- Los derechos en el presente Título no afectan ni limitan en forma alguna el derecho de los inversionistas extranjeros a acceder a los beneficios que se les otorgue o hayan otorgado mediante otros dispositivos legales (...)</i> ”.
República de África Central	1988 Ley N° 88.004 Artículo 30	El ordenamiento jurídico de esta nación africana no sólo somete la conciliación y el arbitraje a las previsiones del CIADI, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 30, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.
República de Botswana	1970 “Settlement of Investment Disputes Act” (*) Sección 11	La legislación de inversiones extranjeras contiene una cláusula amplia y unilateral del Estado para someterse a la jurisdicción del CIADI, siempre y cuando el inversionista dentro del año de su inversión inicial, otorgue su consentimiento por escrito ante el correspondiente órgano sectorial. (*) - <i>Vid. Amazu A. Asouzu. Internacional Commercial Arbitration and African Status: Praticce, Participation and Institucional Development. Cambridge University Press, 2001-</i> .
Tanzania	1997 Acta de Inversiones Artículo 9 (1) y (2)	Este ordenamiento jurídico establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Túnez	1993 Ley N° 93/120 Artículo 67	Como consecuencia de un proceso de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se acentuó la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Uganda	2006 Código de Inversiones Aparte V Sección 29(3)	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado no sólo no da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional, sino prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.

Del anterior cuadro, puede colegirse que la tendencia internacional es establecer disposiciones claras en torno a la voluntad de los Estados de someterse de forma unilateral a la jurisdicción arbitral y, en aquellos casos en los cuales la legislación resultaba favorable desde la perspectiva de los tribunales arbitrales para someter controversias a su jurisdicción en contra de la voluntad de los Estados, tales disposiciones legislativas han sido derogadas por sistemas rígidos que niegan tal posibilidad.

Tales circunstancias resultan fundamentales, si se admite como principio la necesidad que la voluntad del Estado sea expresa e inequívoca de someter sus controversias a arbitraje, ya que no puede pretender afirmarse esa intención o alcance a una manifestación de voluntad comprendida en una ley cuyo contenido se ha restringido por modificaciones de orden legal y por la actividad internacional desarrollada por ese Estado -*vgr.* Suscripción de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones o de contratos con soluciones diversas a las supuestamente planteadas en la ley-.

Ahora bien, en el contexto jurisprudencial internacional la interpretación del consentimiento ha sido objeto de múltiples decisiones, fundamentalmente con ocasión de la ejecución del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). Así, cabe destacar que la simple afirmación de la interpretación restrictiva o estricta de tales normas, fundamentada en que el consentimiento es otorgado por un Estado soberano, no ha sido acogida en organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI).

Sobre ese punto, se ha afirmado en materia contractual que la interpretación de una cláusula arbitral o la manifestación de voluntad de un Estado al respecto, no debe formularse en términos restrictivos sino sobre la base del principio "*pacta sunt servanda*", como principio de derecho común en todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, de forma tal que lo relevante es determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje -*Vid.* CIADI, caso: "*Amco Asia Corporation vs. República de Indonesia*" del 25 de septiembre de 1983-.

En un caso posterior, se señaló que si bien el consentimiento para someterse a la jurisdicción del arbitraje no puede presumirse que se constituya en una derogación del derecho a acceder a los tribunales nacionales, la interpretación del mismo no debe regirse bajo un criterio hermenéutico estricto o amplio, sino bajo el principio de buena fe -*Vid.* CIADI, caso: "*SOABI vs. Senegal*" del 25 de febrero de 1988-.

En la decisión del 14 de abril de 1988 (caso: "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*"), resulta relevante el criterio expuesto por el Tribunal Arbitral, según el cual si bien la manifestación de voluntad contenida en una ley no debe interpretarse ni en forma amplia ni estricta, sino objetivamente bajo el principio de buena fe y sólo se encontrará fundamentada correctamente, si los argumentos y elementos de las normas bajo análisis a favor de la existencia de la manifestación de voluntad son preponderantes.

Recientemente se ha afirmado en materia de tratados internacionales que la interpretación en lo que respecta a la manifestación del consentimiento, debe aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados, como los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena -*Vid.* CIADI, Caso: "*Mondev Intl. Ltd vs. Estados Unidos*" del 11 de octubre de 2002, así en similar sentido las decisiones "*Tradex vs. Albania*" del 24 de diciembre de 1996 y "*SGS vs. Filipinas*" del 29 de enero de 2004-.

También, se ha señalado en esta materia y con ocasión de la interpretación de las denominadas "*cláusulas paraguas*", que correcta aproximación a la determinación de la existencia y alcance de la manifestación de la voluntad debe subsumirse bajo el principio "*indubio*

mitius” -Vid. CIADI, “*SGS vs. Pakistan*” del 16 de agosto de 2003-. El principio “*indubio mitius*” ampliamente reconocido en el derecho internacional como medio complementario de interpretación, “(...) se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. **Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes** (...). En el asunto Comunidades Europeas-Hormonas, el órgano de apelación aplicó este principio de la siguiente manera: (...) **No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF (...)**” (Destacado de esta Sala) -Condon, Bradley J. *El derecho de la Organización Mundial de Comercio Tratados, Jurisprudencia y Práctica*. Cameron May, p. 56-57.

Bajo ese marco jurisprudencial, considera la Sala que debe interpretarse el artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (G.O. N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999), a la luz del texto constitucional venezolano, el cual establece lo siguiente:

“(...) **Artículo 22. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (...)**” (Destacado de la Sala).

Así, pueden extraerse tres supuestos claramente expuestos, a saber:

- Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, en cuyo caso debe atenderse al correspondiente acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones;
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); lo cual comporta que es sobre la base de ese convenio que debe determinarse si existe una manifestación de voluntad por parte del Estado para someter determinadas controversias a mecanismos de arbitraje, circunstancia que como se señaló anteriormente, puede derivar de una cláusula contractual, un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones o una ley en donde se establezca dicho consentimiento de forma inequívoca y expresa (que no es el caso de la vigente Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones *in comento*).
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), cuyo contenido sí establece expresamente que “(...) **Artículo 57.- Diferencias entre el organismo y sus miembros. a) Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 56 y de la Sección b) de este Artículo, cualquier diferencia entre el Organismo y un miembro o una dependencia del mismo y cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miem-**

bro del Organismo, se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio. b) Las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. En este último caso, el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo, el cual, en cada caso, será aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el organismo emprenda operaciones en los territorios del miembro de que se trate (...). Artículo 58.- Diferencias en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro. Toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre las partes del mismo se someterá a arbitraje para laudo final de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro (...). -Vid. Artículos 57 y 58-, por lo que en los términos antes señalados la República en el particular marco regulatorio de ese convenio se sometió expresamente a la jurisdicción arbitral y en los términos que el mismo establece (No así para el caso del CIADI).

De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje**, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), sí se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto -Vid. Artículos 57 y 58 del Convenio y 1, 2 y 4 del Anexo II-; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató *supra*, en donde se ha señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral).

A igual conclusión debe arribarse de la lectura integral del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, ya que la norma al señalar que “*Las controversias que surjan entre un inversionista internacional*”, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela “(i) un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, (ii) o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) (iii) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece (...)**”, frase cuyo contenido denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma, que la voluntad del legislador se refiere expresa e inequívocamente al contenido interno o propio de los respectivos acuerdos o tratados. Por ello, dado que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados no contiene en sí, manifestación alguna de voluntad para el sometimiento al sistema arbitral es que debe desestimarse cualquier argumentación en ese sentido, salvo que se contrarie la propia doctrina jurisprudencial antes referida y el contenido del artículo 25 y el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que “(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)”.

Una interpretación en contrario, sería afirmar que la sola mención en una ley nacional al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o su Reglamento del Mecanismo Complementario, implica la manifestación de voluntad del Estado y por lo tanto la admisión de la voluntad presunta en materia de arbitraje, lo cual es inaceptable bajo cualquier ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, ya que para que proceda el sometimiento a arbitraje internacional, es preciso atender al contenido de cada tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones y, en caso de no existir dicho instrumento, es necesario que la declaración de voluntad del Estado conste por escrito de forma expresa e inequívoca en un contrato mediante la inclusión de una cláusula arbitral o a través de una declaración válidamente otorgada por la autoridad competente; habrá de buscarse si existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna disposición legislativa que someta a arbitraje determinadas materias o relaciones contractuales, sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, como sustento de una manifestación de voluntad del Estado al respecto, toda vez que su naturaleza es la de una norma enunciativa, que regula los términos en base a los cuales el Estado puede someter las controversias relativas al objeto de la mencionada ley al sistema de arbitraje internacional.

Desde el punto de vista internacional, asumir que el Estado Venezolano mediante la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras, derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya que bajo las cláusulas de la nación más favorecida, conforme a la cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, los inversores no sólo excluirían la vía diplomática u otros medios para la resolución de conflictos -*vgr.* Acciones ante el Poder Judicial, conciliación o incluso arbitrajes ante otras instituciones como la Cámara Internacional de Comercio-, sino que se vaciaría de contenido el principio de buena fe del Estado al suscribir convenios bilaterales o multilaterales de inversión con soluciones distintas o diversas a las contempladas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario.

Ciertamente, si bien bajo la vigencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario, se tramitan y desarrollan una gran cantidad de arbitrajes internacionales, también debe reconocerse la existencia de otras instituciones que los Estados soberanamente pueden elegir a tales efectos, como la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, sin que pueda afirmarse apriorísticamente, la preponderancia o preferencia de uno sobre otro, por lo que la voluntad de los Estados al respecto es fundamental y necesaria para determinar en cada caso bajo qué régimen o institución se deberá someter a la jurisdicción arbitral. Una interpretación del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, que concluya que el mismo realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mittus*.

La anterior conclusión resulta cónsona con el desarrollo de la actividad internacional de la República, en la cual se han suscrito acuerdos sobre promoción y protección de inversiones, como las contenidas en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -G.O. N° 37.913 del 5 de abril de 2004-, según el cual la resolución de controversias derivadas de la ejecución del mismo, debe resolverse conforme su artículo 9, a la elección del inversor a los “(...) tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o al arbitraje (...). 2.- El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje (...). 3.- El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido conforme las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (...)”; asimismo, prevé expresamente el Acuerdo bajo examen en su Protocolo, que “(...) en caso de que en el futuro ambas Partes lleguen a ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3, se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones C.I.A.D.I., y sólo en el caso en que, por cualquier circunstancia, CIADI no esté disponible, se someterá al arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (...)”.

Asimismo, debe referirse que la República Bolivariana de Venezuela al suscribir el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán -G.O. N° 38.389 del 2 de marzo de 2006-, optó por una solución distinta al establecer en su artículo 11, lo siguiente “(...) en caso que la Parte Contratante Receptora y el/los inversionistas no logran acordar, en un período de seis meses a partir de la fecha de notificación del reclamo efectuado por una de las Partes a la otra, el inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a: a.- Un Tribunal arbitral ad hoc a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o b.- Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París; o c.- Centro Internacional para la solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención [condición que no se verifica en la actualidad en el caso de Irán] (...)” (Corchetes de esta Sala).

Incluso, como se adelantó previamente, las consecuencias jurídico prácticas de una potencial oferta **unilateral** de arbitraje (vía ley nacional), por el sólo hecho de haberse suscrito el Convenio CIADI, no se agotan en los prolegómenos de acceso a la jurisdicción CIADI, esto es, a problemas de “jurisdicción”; sino que despiertan también diversas interrogantes de cara a su coherencia y armonía con las denominadas cláusulas de la nación más favorecida, conforme al cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, lo que potencialmente pudiera generar desequilibrios entre las relaciones de un país con otros (y a sus nacionales, obviamente), así como el cuestionamiento mismo de la utilidad práctica de la redacción “a la carta” de cada uno de los Acuerdos o Tratados de Protección de Inversiones (en donde cada Estado pondera qué tipo de inversiones quiere proteger y en qué forma), llegando incluso a cuestionarse si ello no podría llegar al extremo de derogar en la práctica a tales Tratados.

Así, afirmar que existe en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones una oferta unilateral no sólo resulta absurdo desde una perspectiva internacional, sino contraría igualmente el contenido de la legislación interna, en particular de los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, los cuales establecen expresamente lo siguiente:

“(…) Artículo 5°.- Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto Ley.

Parágrafo Primero: No obstante lo previsto en los artículos 8° y 9° del presente Decreto-Ley, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutarán sólo de la protección concedida por este Decreto-Ley, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.

Parágrafo Segundo: En la negociación de tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones, el Estado procurará asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien esos tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países, en Venezuela.

(…)

Artículo 7°.- Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: Mediante ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.

Artículo 8°.- No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Artículo 9°.- Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7° y 8° de este Decreto Ley (…)

Así, a manera de ejemplo, supongamos que un Estado (como ocurrió con Albania y su Ley de 1993, *ut supra*), realiza una oferta unilateral de arbitraje a todos los inversionistas cuyo país de origen sí haya suscrito el Convenio CIADI, se observa, que pudieran ocurrir circunstancias como estas: (i) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI) puede demandar al país oferente (como Albania), pero sus nacionales -de este último- no podrían hacer lo mismo, porque en el país X no existe una ley similar, dado que la sola suscripción del Convenio CIADI no otorga esa facultad automática; con lo cual, se le estaría dando una posición privilegiada al país X (una suerte de “*inmunidad*”) que no se le ofrece a otros países con los cuales sí se hayan suscrito específicos Tratados Bilaterales de Inversión, y a los cuales sí se les podría demandar directamente (hayan suscrito el convenio CIADI o no); (ii) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI), y con quien el Estado

oferente (vía ley) no tiene ningún tipo de relaciones comerciales estables (prueba de ello es que no existen convenios o tratados), puede demandar directamente a ese último Estado, sin parámetros (por cualquier materia, en cualquier momento, sin cargas previas, sin el deber de agotar instancias diplomáticas, sin importar qué tipo de “nacional” se trate, entre otras especificaciones) y, en cambio, el nacional inversionista de un país Y (con cuyo país de origen sí se ha suscrito un Tratado de Protección de Inversiones, pero no ha suscrito el Convenio CIADI), debe someterse y observar el contenido de dicho Tratado en aras de poder demandar. Todo lo cual, en principio, generaría una mejor posición de los nacionales del país con quien no se tienen Tratados, en lugar de los que sí.

Con ello, resulta claro que interpretar que el artículo 22 *eiusdem* contiene una oferta unilateral a favor de la arbitralidad para la resolución de controversias, desconocería que el Estado debe procurar asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países en Venezuela -en los supuestos señalados *ut supra*-, más aun cuando la ley prevé que las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tienen vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan sólo de la protección concedida por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida, lo cual no sería necesario si se asume una interpretación a favor de una oferta unilateral.

Aunado a las anteriores consideraciones, cabe señalar que no es posible tampoco derivar una oferta unilateral por parte del Estado del contexto del artículo 21 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, el cual establece que “(...) *Cualquier controversia que surja entre el estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias (...)*”. Ciertamente, de una simple lectura del artículo parcialmente transcrito es evidente que el mismo no se refiere a controversias surgidas entre particulares (inversionistas) sino entre Estados, siendo obligación del Estado propiciar la resolución del conflicto mediante el sistema arbitral que ambos Estados soberanamente determinen -vgr. Arbitraje *ad hoc*-.

Finalmente, se reitera que la sola suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, por parte de uno, varios o todos los Estados relacionados en materia de inversiones internacionales por acuerdos de protección y promoción de inversiones bilaterales o multilaterales, no vinculan *ipso iure* la resolución de las respectivas controversias a los procedimientos contenidos en dicha convención, siendo cardinal en todo caso, la existencia de la tantas veces aludida manifestación escrita e inequívoca de voluntad. Realizadas las anteriores consideraciones, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos expuestos y ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta las disposiciones legales antes referidas a los postulados constitucionales. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia resolvió la solicitud de interpretación que se planteó respecto del artículo 258 de la Constitución de 1999, específicamente en su mención a que “*la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*”.

Quien discrepa, en tributo a la coherencia con su criterio jurídico, reitera el voto salvado que rindió a la decisión de esta Sala N° 1186 de 18 de julio de 2008, mediante la cual se admitió esta solicitud de interpretación, en la cual se expuso:

...observa el salvante que de la narrativa y específicamente del petitorio de la solicitud se desprende que los solicitantes no plantearon ninguna duda interpretativa acerca del contenido de la norma constitucional, sino que lo que se pretende es que la Sala declare la interpretación que del mismo precepto los solicitante asumen a título particular y que está transcrita en las páginas 4 y 5 de la sentencia.

En otros términos, no se está pretendiendo que la Sala aclare algún aspecto oscuro del contenido de la norma constitucional, sino que se está solicitando que la Sala declare, con fuerza de cosa juzgada, cuál es el único desarrollo posible de esa norma y cuál es el alcance que los medios alternativos de solución de conflictos pueden tener en nuestro ordenamiento. Así, el precepto cuya interpretación se petitionó no plantea duda razonable alguna en cuanto a su contenido, pues se trata de un exhorto del constituyente al legislador para que promueva *el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*. En consecuencia, frente a ese exhorto constitucional, cuyos términos, se insiste, no manifiestan mayor duda, lo que procede es su desarrollo legislativo y, en todo caso, si ese desarrollo se excediera de alguno de los límites del marco constitucional, procedería entonces su control posterior a través de los medios procesales de los que dispone la jurisdicción constitucional, de acuerdo con los artículos 333 y siguientes de la Constitución, en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando se pretende que la Sala establezca cómo ha de desarrollarse el artículo 258 de la Constitución por parte del legislador y hasta dónde puede llegar esa promoción del arbitraje y demás medios alternativos de solución de conflictos, se está utilizando el medio procesal de la solicitud de interpretación como una especie de dictamen jurídico por parte de este órgano jurisdiccional, cuestión que esta Sala ha rechazado reiteradamente, entre otras, en decisiones N° 3101/04, N° 1158/06, N° 998/07, N° 1294/07 y más recientemente, en el fallo N° 790/08 y, además, se estaría realizando un control *a priori* –no dispuesto en nuestra justicia constitucional- para el ejercicio de la función legislativa, control cuya procedencia no es admisible mediante solicitudes de interpretación, como puso de manifiesto esta misma Sala en pronunciamiento N° 2801 de 27 de octubre de 2003.

El salvante observa que si bien la dispositiva del veredicto que causa este voto declara “resuelto el recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos contenidos en este fallo”, en la motiva del acto jurisdiccional no se interpreta ni se aclara, en modo alguno, esa norma constitucional, por la evidente razón de que ese precepto constitucional no genera ninguna duda y es suficientemente claro.

La motivación del acto decisorio de la decisión expuso, en primer lugar, una serie de disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica, desarrollo y alcance del arbitraje en Venezuela y en el Derecho comparado, más propias de un dictamen jurídico y no de una sentencia de interpretación constitucional, como se advirtió en el voto disidente del acto de juzgamiento

N° 1186/08 que antes se transcribió. En el fallo, la sentencia interpretó y aclaró el alcance del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en concordancia con el contenido de los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 21 de la misma Ley, los cuales también se analizaron en la decisión. Tales pronunciamientos de interpretación legal competen exclusivamente a la Sala Político-Administrativa, en atención al artículo 5, cardinal 52, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo que implica que esta Sala Constitucional se excedió en el ejercicio de su competencia interpretativa, la cual se limita al despeje de dudas acerca del contenido y alcance de normas constitucionales.

En tercer lugar, el veredicto que antecede interpretó el alcance de Convenios Internacionales, como lo son el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) y el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), lo que, por las razones que antes se expusieron, excede con creces del alcance de la potestad de interpretación constitucional de esta Sala y contradice la jurisprudencia pacífica y reiterada que ella ha sostenido acerca del alcance de las solicitudes de interpretación, en decisiones N° 3101/04, N° 1158/06, N° 998/07, N° 1294/07 y N° 790/08, entre otras. Asimismo, con tales pronunciamientos la sentencia se excedió de la competencia de control constitucional de este juzgador sobre convenios y tratados internacionales, la cual se limita a “*Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación*” (artículo 336, cardinal 5, de la Constitución), control concentrado y previo de la constitucionalidad que ninguna relación guarda con peticiones de interpretación *ex post* de esos instrumentos jurídicos internacionales.

De allí que, por cuanto no se cumplían en este caso los supuestos de admisibilidad de la pretensión de interpretación, considera quien suscribe como disidente que la Sala debió mantener la coherencia de su jurisprudencia y negar su admisión, bien *ab initio*, bien en esta oportunidad de juzgamiento del fondo del asunto, por cuanto la admisibilidad es siempre asunto de estricto orden público.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

B. *Régimen de los Jueces. Inhibición*

TSJ-SPA (1504)

25-11-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: María Leonor Pineda García

La inhibición es un deber y un acto procesal del juez, mediante el cual decide separarse voluntariamente del conocimiento de una causa, cuando considera que existen circunstancias que en forma suficiente son capaces de comprometer su imparcialidad para juzgar.

C. *Tribunal Supremo de Justicia*

a. *Competencia: Enjuiciamiento de altos funcionarios (Antejuicio de mérito)*

TSJ-SC (1684)

4-11-2008

Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales

Caso: Carlos Eduardo Gimenez Colmenares

La Sala Constitucional declara una laguna axiológica en la norma contenida en el artículo 266, cardinal 3 de la Constitución, en lo relacionado a la determinación del órgano jurisdiccional competente para continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito presentada contra cualquiera de los altos funcionarios públicos. En razón de ello, procede a integrar dicha laguna rescatando la correcta redacción del artículo 215, cardinal 2 de la Carta de 1961, que es el precedente constitucional inmediato.

La presente solicitud de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el contenido y alcance del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, este órgano jurisdiccional, en sentencia N° 1.309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), manifestó su intención de explicar el sentido de la interpretación constitucional, en atención al postulado del artículo 335 de la Carta Magna, para lo cual precisó la noción y alcance de su propia potestad interpretativa, señalando al respecto lo siguiente:

*“...La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.*

(...)

*La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad. Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 eiusdem prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación, y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (jurisprudencia obligatoria). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera *jurisdatio*, en la medida que se declara *erga omnes* y pro futuro (*lex**

munc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdicción es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función monofléctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte de la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdicción y la jurisdicción y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdicción, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental...”.

Explicado lo anterior, esta Sala pasa a dilucidar el contenido del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente lo relacionado a la determinación del órgano jurisdiccional competente para continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito presentada contra cualquiera de los altos funcionarios públicos que integran el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Ejecutivo Estadal, el Poder Legislativo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Moral, la Fuerza Armada Nacional o los Jefes de Misiones Diplomáticas de la República.

Al respecto, la norma constitucional *in commento* establece que:

“Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de

Justicia:

(...)

3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

(...)

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y la ley...”. (Subrayado de esta Sala)

La disposición constitucional en referencia hace alusión a la institución jurídica del antejuicio de mérito, la cual está concebida como una prerrogativa procesal en el ámbito penal a favor de determinados funcionarios públicos en atención a la protección de la función que ellos desempeñan. Esta institución presupone la presunta comisión de un hecho punible que acarrea responsabilidad penal, y que se encuentra tipificada y sancionada en el ordenamiento jurídico.

El antejuicio de mérito se desarrolla a través de un procedimiento especialísimo de carácter obligatorio, sumario y previo, el cual rompe el esquema del procedimiento penal ordinario con base en un fuero constitucional y legal. En atención a su naturaleza previa, no le está permitido al órgano jurisdiccional competente (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena) formular juicios valorativos sobre la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, sino la simple pero determinante declaratoria de mérito para la formación de la causa penal o enjuiciamiento propiamente dicho del funcionario.

Los antecedentes históricos de esta institución datan de la Constitución de 1830, la cual en su artículo 147, al establecer las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, señaló entre otras: 1) Reunirse con la Cámara del Senado para juzgar y sentenciar en las causas contra el Presidente y Vicepresidente de la República, por traición a la República, infracción a la Constitución y crímenes castigados con pena capital infamantes; y contra los Consejeros de Gobierno, los Secretarios del Despacho y los miembros de la Corte Suprema por crímenes de Estado.

La Constitución de 1864, aludió a la referida atribución, pero no hizo mención a la Corte Suprema de Justicia por virtud de haberse reservado a los Estados la administración de justicia, siendo en su lugar instituido la Alta Corte Federal principalmente con atribuciones de carácter político. Al definirse en esta Constitución las atribuciones de la Alta Corte Federal, en su artículo 89, se silenció el enjuiciamiento del Presidente de la República, sin embargo, se incorporó la atribución de conocer de las causas criminales o de responsabilidad que se formen a los altos funcionarios de los Estados, siempre que las leyes de éstos así lo determinasen.

En 1876 se creó la Corte de Casación con el propósito de uniformar la jurisprudencia que se administraba en los Estados. Ambos tribunales, Alta Corte Federal y Corte de Casación, funcionaron como entidades independientes hasta 1904.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de 1881, se les otorgó rango constitucional tanto a la Corte de Casación como a la Alta Corte Federal y, a pesar de reproducir disposiciones de anteriores Constituciones, le atribuyó a la Corte de Casación el conocimiento de las causas criminales o de responsabilidad que se formaren a los altos funcionarios de los Estados; las otras atribuciones mencionadas anteriormente continuaron asignadas a la Alta Corte Federal.

En la Constitución de 1901, en el artículo 106, cardinal 1, Sección Primera, se estableció la institución del antejuicio de mérito en los siguientes términos: *“Son atribuciones de la Corte Federal, además de las que señale esta Constitución y le atribuyan los códigos nacionales y las leyes de los estados en materia de elecciones: 1.- Conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o el que haga sus veces, contra los Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Gobernador del Distrito Federal y contra sus propios miembros por los motivos en que dichos funcionarios son responsables según esta Constitución. En tal caso, se reunirá a la Corte de Casación, constituidos ambos cuerpos en Supremo Tribunal Federal.”*

En la Constitución de 1904 y en las posteriores, hasta 1947, las dos magistraturas se unieron en una sola con el nombre de Corte Federal y de Casación, y como tal era el Supremo Tribunal de la Federación y de los Estados. El artículo 95 de dicha Constitución atribuyó a la Corte el conocimiento de las acusaciones contra el Presidente, los Ministros, Procuradores, Gobernador del Distrito Federal y contra sus propios miembros; así como el conocimiento de las causas criminales o de responsabilidad que se formen a los Presidentes y a los otros altos funcionarios de los Estados cuyas leyes así lo determinen. En el cardinal 2 del referido

artículo se estableció que la Corte decidiría si había o no lugar a la formación de la causa; si la declaraba con lugar se suspendía al funcionario acusado; si ocurría el segundo supuesto concluía todo el procedimiento. Cuando el delito fuere común pasaba el asunto a los tribunales ordinarios y cuando fuere de naturaleza política continuaría conociendo la Corte hasta sentencia definitiva.

Las Constituciones siguientes reprodujeron la atribución conferida a la Corte Federal y de Casación de conocer de las causas penales contra el Presidente de la República y altos funcionarios, salvo la Constitución de 1953, que agregó a la competencia atribuida a la Corte Federal el conocimiento de las causas contra algún otro alto funcionario nacional, los miembros del Congreso Nacional, los secretarios generales de los Gobernadores y los jueces superiores de los Estados.

La Constitución de 1961, por su parte, recogió la intervención del Senado en el enjuiciamiento del Presidente, que figuró en la Constitución de 1830, el antejuicio de mérito que apareció en la Constitución de 1904, el enjuiciamiento de los miembros del Congreso que se incorporó en 1953, y la enumeración de los altos funcionarios sometidos a enjuiciamiento por ante el más Alto Tribunal, propio de todos los textos constitucionales antes mencionados, haciendo la salvedad que no figuran en su enumeración los secretarios generales de las gobernaciones, los jueces superiores y los representantes diplomáticos en el extranjero. En efecto, la Carta Magna de 1961 en su artículo 215, cardinal 2 establecía como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, lo siguiente:

“...2.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso o de la propia Corte, de los Ministros, el Fiscal General, el Procurador General o el Contralor General de la República, los Gobernadores y los jefes de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso...”. (Subrayado de la Sala)

Ahora bien, la Constitución de 1999, a pesar de mantener en términos generales un enunciado similar al de la Constitución de 1961 en lo que concierne al grupo de altos funcionarios públicos que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, presenta algunas diferencias que resultan pertinentes resaltar; en primer lugar, se incorporan nuevos funcionarios -en virtud de la jerarquía y funciones que tienen asignadas-, entre los que se encuentran el Vicepresidente de la República, el Defensor del Pueblo y los oficiales u oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y, en segundo lugar, se suprime la referencia que se hacía a los “delitos políticos” y con ello se modifica el criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.

Esta peculiaridad en la nueva redacción de la norma *in commento*, llama la atención de la Sala, específicamente en su inconsistencia con los antecedentes históricos de su creación. Por ello, estima necesario hacer algunas consideraciones sobre los cambios presentes en esta disposición constitucional.

El término “delito común” es empleado por una parte de la doctrina en oposición a la expresión delito especial; pero, en otro sentido, también se suele hablar de “delito común” para diferenciarlo del “delito político”, siendo esta última la acepción que históricamente ha empleado el Constituyente en la redacción de la disposición vinculada con la institución del antejuicio de mérito.

Esta última es la reconocida por el *Diccionario de la Lengua Española* cuando define al delito común como aquel “*que no es político*”. Es decir, que se trata de los delitos sancionados en la legislación criminal ordinaria, y que pueden lesionar u ofender bienes jurídicos individuales (como los delitos de violación, robo, hurto, lesiones, etc.) o causar daños o afectación de trascendencia social, como los delitos perpetrados contra la cosa o erario público, tipificados, por ejemplo, en la Ley contra la Corrupción.

Por su parte, los delitos políticos son aquellos que atentan contra los poderes públicos y el orden constitucional, concretamente, los delitos de rebelión y sedición, así como también los que atentan contra la seguridad de la Nación, entre ellos la traición y el espionaje. Estos delitos se pueden apreciar desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo.

Desde el primer punto de vista, es delito político aquel que se realiza concomitantemente con actos de perturbación política. Así, de acuerdo con este criterio de apreciación, el delito político es una consecuencia de la apreciación objetiva de sus elementos o consecuencias y, por consiguiente, tiene que darse necesariamente en los casos de perturbación política que pueden tener lugar en un Estado. Desde el punto de vista subjetivo, el delito es político cuando concurre a su apreciación la intención del autor, es decir, el móvil personal y psicológico del autor.

La exclusión del término “delito político” en la redacción del cardinal 3, del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de representar un cambio, no se puede entender como una eliminación absoluta del vocablo, ya que el mismo se encuentra presente de manera tácita en el contenido de la norma, es decir, cuando el delito no sea común este se debe considerar político.

Ahora bien, lo que sí constituye una sustancial alteración del espíritu, propósito y razón de la referida norma -en lo que respecta a sus antecedentes históricos-, es el cambio de criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.

En efecto, la disposición constitucional establece como supuesto de hecho la existencia de una solicitud de antejuicio de mérito presentada contra altos funcionarios públicos del Estado, ello en atención a su presunta participación en un hecho punible previsto y sancionado en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, la consecuencia jurídica que presenta la norma *in commento* es que, de ser declarada ha lugar la solicitud formulada -por existir elementos de convicción que impliquen algún grado de participación en el hecho punible- la causa deberá ser remitida al Fiscal o la Fiscalía General de la República, o quien haga sus veces, si fuere el caso, y en el supuesto de que el delito presuntamente cometido fuese común, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena seguirá conociendo del asunto.

Este cambio de competencia constituye una situación inconsistente con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos. En el caso de los delitos comunes, el daño puede exceder la esfera jurídica de los particulares y afectar intereses de trascendencia social, pero no existe, como en los delitos políticos, la intención de quebrantar el orden jurídico y social establecido, atentando contra la seguridad del Estado, contra los Poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante. En consecuencia, en virtud de la respectiva entidad de los delitos y la distinta afectación del orden social, la competencia para el conocimiento de los delitos comunes debe corresponder a los tribunales ordinarios, mientras que en el caso de los delitos políticos el bien jurídico protegido a través del mismo es el orden jurídico y social del

Estado, por lo tanto en atención a esta particularidad, tradicionalmente el conocimiento de estas conductas delictivas se le ha atribuido al Alto Tribunal de la República en Sala Plena, para que sean todos los Magistrados que lo conforman los encargados de sustanciar y decidir lo concerniente a la acusación que formule en su oportunidad la vindicta pública o quien haga sus veces contra el alto funcionario público involucrado en la comisión de un hecho punible de esa naturaleza.

Ahora bien, atribuirle a la Sala Plena de este Máximo Tribunal el conocimiento de las causas instauradas contra los altos funcionarios públicos cuando el delito por ellos presuntamente cometido fuese calificado como “delito común”, revela la existencia de un error material del Constituyente de 1999, y con ello una inconsistencia de la norma, es decir, que la solución aportada no responde a las propiedades que tomó en cuenta el mismo Constituyente para establecer el supuesto de hecho de dicha consecuencia jurídica. Siendo así, se está en presencia de un enunciado que presenta una laguna, que a su vez conduce a una solución jurídica ilógica e inaceptable.

En efecto, al omitir la referencia a los delitos políticos, la conclusión por argumento “*a contrario sensu*” es que el Constituyente dispuso que solo si el delito es común corresponderá a la Sala Plena el enjuiciamiento de los altos funcionarios comprendidos en el cardinal 3 del artículo 266; mientras que si se tratare de un delito de naturaleza política deberán seguir conociendo del juicio los tribunales ordinarios. Tal conclusión es absurda. Cabe ahora preguntarse ¿de qué alternativas dispone un juez, en este caso los Magistrados que integran la Sala Constitucional, ante una solución inconsistente, contenida en la consecuencia jurídica de un enunciado de rango constitucional que deba interpretar?

Es decir, ¿puede un juez apartarse de la solución que le ha dado el constituyente a un caso o a una acción contenida en un enunciado jurídico de rango constitucional?, o, planteado de otro modo: ¿un juez, a la hora de resolver una controversia, sólo puede aplicar el derecho según el sentido evidente de las expresiones usadas por el “legislador”, sea éste constituyente o constituido?

Esta es sin duda, una pregunta cuya respuesta no es sencilla, pues las realidades jurídicas, políticas y sociológicas que se verían afectadas por cualquiera de las soluciones que se ensayen son de la mayor entidad, como es lógico suponer. No obstante, hay una serie de premisas elaboradas con ayuda de la Teoría del Derecho, la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional desde las cuales es posible sostener que, si bien los jueces están vinculados al derecho, el propio derecho los habilita para elaborar un juicio en caso de incongruencia, inconsistencia o falta de pertinencia en una norma, y corregir dicha situación.

En primer lugar, a tal fin habría que afirmar la potestad que tienen los jueces de corregir una falta de previsión normativa o apartarse de la solución dada por el legislador ante su evidente injusticia o incoherencia.

Tal declaración no es pacífica en la doctrina, como bien puede suponerse, visto que hay autores que no reconocen en los jueces tal posibilidad, partiendo en su mayoría de la distinción entre dos actividades que estiman distintas y contradictorias. Ellos se refieren, por un lado, a la actividad judicial de “aplicar derecho” y, de otro lado, a la actividad de “resolver conflictos jurídicos”. Dichos autores consideran que el juez sólo está llamado a “aplicar el derecho” y no a “resolver conflictos”, de lo que se sigue que en caso de lagunas normativas y de lagunas axiológicas, el juez debe declarar, en el primer supuesto, que no tiene nada que decidir, pues no hay una norma que prevea el conflicto planteado; y, en el segundo, no le restaría más que aplicar la norma tal cual fue prevista, sin atender a su injusticia o incoherencia.

Frente a tal postura se encuentra la que sí admite la posibilidad de que los jueces, ante la ausencia de norma aplicable, o ante la incoherencia de la solución que una norma contiene, resuelva integrar el derecho en ambos casos. Los autores que sostienen esta postura traen a colación la distinción que formuló Hart entre *normas primarias* y *normas secundarias*.

Las *normas primarias* tendrían como destinatarios a los particulares, e impondrían conductas u otorgarían potestades a dichos particulares; por su parte, las *normas secundarias* “...establecen qué contenido deben tener o tendrán las decisiones dictadas por la Administración Pública o por los jueces en determinados casos...” (Vid. R. Hernández Marín, *op. cit.*, p. 98).

Estos autores establecen que si no existe una norma primaria o ésta es incoherente (pues su solución no es pertinente con su supuesto de hecho), podría haber una *norma secundaria* que ordenara al juez resolver el conflicto. Ponen como ejemplos normas tales como la contenida en el artículo 19 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual impone al juez la obligación de decidir, no obstante que no exista norma aplicable, o esta sea contradictoria, deficiente, ambigua u oscura.

Como corolario de estas consideraciones es que se admite que “...también los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas...” (Bulygin), o que “...dado que los sistemas jurídicos no están sólo compuestos por reglas primarias, sino también por reglas secundarias que establecen –entre otras cosas– deberes sobre los jueces, la pregunta acerca de qué debe hacer un juez (ante tales lagunas) admite un análisis descriptivo a la luz de las reglas secundarias...” (Rodríguez) (Vid. Atria, Bulygin y otros, *Lagunas en el Derecho*, pp. 43 y 154).

Siendo así, lo correcto es admitir que el juez no está atado de manos frente a una posible incoherencia o inconsistencia por parte del legislador.

Obviamente, debe destacarse que la Constitución, es la norma fundamental (tanto desde un punto de vista político como sociológico); la norma suprema (en la medida en ella están fundadas las bases del sistema político y de la relación de los ciudadanos con el Estado); y que, aparte de ello, es norma suprallegal por excelencia (en vista de que todas las restantes disposiciones jurídicas que forman el ordenamiento le son tributarias). No obstante todo ello, dicho texto no deja de ser obra humana, y en tal sentido es, por una parte, susceptible de contener disposiciones que estén en contradicción (antinómicas), o cuyos enunciados dupliquen o repitan expresiones normativas (redundancias), o, de otra parte, contenga normas cuyos términos dificulten conocer a qué hechos o conductas se refieren (lagunas de conocimiento), o que adolezcan de vaguedad o ambigüedad manifiesta (lagunas de reconocimiento), o carezca de soluciones para un conjunto de acciones que amerite un tratamiento normativo (lagunas normativas) o que, habiendo dado solución, dicha solución no se corresponda con la naturaleza de las acciones o conductas reguladas (lagunas axiológicas).

Así, pues, volviendo al caso que le ocupa, esta Sala estima que la laguna que se presenta en esta oportunidad es de tipo axiológico, lo que implica elaborar “...un enunciado prescriptivo formulado desde un cierto sistema valorativo que denuncia el carácter axiológicamente inadecuado de un sistema normativo y, por otra, que el defecto axiológico de la solución prevista obedece a que el legislador no tomó en consideración una cierta propiedad que, de haber considerado, habría hecho variar su criterio...” (Vid. J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas normativos*, p. 75).

Ese mismo autor, en otra obra, afirma al respecto que, “...si la acción se encontraba regulada y el problema surge debido a que esa solución se considera inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha asignado relevancia a una propiedad que se estima nor-

mativamente relevante, se trataría de una laguna axiológica...” (Cfr. J. Rodríguez, “La imagen actual de las lagunas del derecho”, *Lagunas en el derecho*, en Atria, Bulygin y otros, p. 150).

Siendo que las lagunas axiológicas suponen la inconsistencia de la norma involucrada, y visto que el enunciado del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución es *inconsistente*, debe esta Sala concluir que con relación a esa norma existe una laguna axiológica.

Es importante resaltar, que ante la existencia objetiva de una laguna técnica o axiológica puede darse la posibilidad política y jurídica de acudir a un texto constitucional derogado para integrar dicha laguna. En efecto, como lo refiere el Dr. Humberto J. LA ROCHE, en su obra *Derecho Constitucional*, Tomo I. (Parte General) Valencia, Vadell Hermanos Editores 1991, pp. 216 y siguientes, eventualmente habrá disposiciones constitucionales precedentes que sobrevivirían al “naufragio”, como principios o derechos fundamentales y reglas de interpretación a los cuales el juez se ve en la necesidad de acudir en casos como el planteado. ¿A qué precio sobreviven esas normas? Al respecto existen dos teorías a) La definida por **Duguit** que propone la teoría de la superlegalidad constitucional, por la cual solo podrían subsistir las declaraciones de derecho; y b) La teoría de **Esmein** según el cual podría “subsistir” una norma constitucional derogada o destruida, pero se produciría un cambio tácito de su naturaleza jurídica, ya que no pueden existir simultáneamente dos Constituciones dentro de un Estado. Tomando esta última posición, esta Sala debe rescatar la correcta redacción del artículo 215, cardinal 2 de la Carta de 1961, que es el precedente constitucional inmediato, pero que ratifica la tradición jurídica referida *supra*, y procede a integrar la laguna axiológica descrita en los términos que se exponen a continuación.

En tal sentido, a los efectos de dar una solución que resulte coherente o pertinente con las propiedades del supuesto de hecho, esta Sala considera que en caso de darse los elementos anteriormente mencionados, deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva.

En consecuencia, vista la integración de la laguna axiológica de que adolecía la norma constitucional, esta Sala declara resuelta la interpretación solicitada; y así se decide.

Precisado lo relativo a la interpretación del cardinal 3 del artículo 266 del Texto Fundamental, esta Sala estima pertinente realizar algunas consideraciones con respecto al contenido de las normas previstas en artículos 5, cardinal 2, 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, ello en atención a la posible contradicción que podría existir entre ellas y su vinculación con la disposición constitucional en referencia.

Al respecto, las disposiciones aludidas establecen lo siguiente:

“Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

(...)

2. Declarar, en Sala Plena, si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General de la República, del Fiscal o la Fiscal General de la República, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, de los Gobernadores o Gobernadoras, Oficiales, Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacio-

nal, en funciones de comando, y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

(...)

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2...". (Subrayado de esta Sala)

"Artículo 22. El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de las causas para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios o funcionarias, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a instancia del Fiscal General de la República, quien interpondrá escrito con los respectivos documentos, testimonios, averiguaciones u otros medios de prueba que acrediten los alegatos expuestos y permitan constatar la presunta comisión de un hecho punible previsto en la ley. En caso de que la solicitud vaya dirigida contra un diputado o una diputada de la Asamblea Nacional, el procedimiento se regirá conforme a lo que establece el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley.

(...)

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal y del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones normativas que emanen de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y fueren publicadas de conformidad con la ley, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con esta Ley...". (Subrayado de esta Sala)

"Artículo 378.- Efectos. Cuando el Tribunal Supremo de Justicia declare que hay mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República, previa autorización de la Asamblea nacional, continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva.

Cuando se trate de los otros funcionarios del Estado y se declare que hay lugar al enjuiciamiento, el Tribunal Supremo de Justicia deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuere común, y continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República respecto del allanamiento de la inmunidad de los miembros de la Asamblea Nacional...". (Subrayado de esta Sala)

De la lectura de las disposiciones *supra* transcritas, se desprende que pareciera existir una colisión de normas o antinomia, es decir, una situación de incompatibilidad entre enunciados jurídicos "...que pertenecen al mismo ordenamiento (y que) tienen el mismo ámbito de validez...", producto de una solución contraria a supuestos de hecho similares (Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, p. 201).

Sin embargo, en vista de la interpretación constitucional realizada y el hecho de que el último aparte del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remita expresamente al Código Orgánico Procesal Penal "en todo lo no previsto" en lo que concierne a los procedimientos de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios hace concluir a esta Sala Constitucional, que la antinomia está resuelta, no solo por la aludida remisión, sino porque, a pesar de tratarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal de normas de igual jerarquía (orgánicas), el Código Orgánico Procesal Penal es ley posterior (su última reforma es del 4 de octubre de 2006) y ley especial en lo que concierne al procedimiento penal, pues la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es fundamentalmente una ley organizativa del máximo Tribunal. En consecuencia, la normativa aplicable en lo que concierne al Tribunal competente y al enjuiciamiento de altos funcionarios es la contenida en el Título IV (artículos 377 al 381) del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. En primer lugar, resulta pertinente la reiteración, del voto salvado que se rindió respecto del veredicto que declinó en esta Sala el asunto de autos (s.S.P. N° 90 de 22.07.08):

En el presente caso, la Sala Plena se pronunció respecto de las solicitudes de aclaración que interpusieron, por una parte, la Fiscal General de la República y, por la otra, la Defensa del ciudadano Carlos Eduardo Giménez Colmenárez, respecto del acto de juzgamiento que pronunció esta misma Sala, el 10 de junio de 2008, mediante el cual declaró que había mérito para el enjuiciamiento del ciudadano antes mencionado quien, hasta esa fecha, ejerció el cargo de Gobernador del Estado Yaracuy.

La mayoría sentenciadora, en su fallo, declaró lo siguiente:

“PRIMERO: Declina la competencia en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para resolver la colisión de normas existente para determinar el tribunal que habrá de conocer el juicio penal contra el ciudadano CARLOS EDUARDO GIMÉNEZ COLMENÁREZ, por la presunta comisión de los delitos de PECULADO DOLOSO IMPROPIO, EVASIÓN DE PROCESOS LICITATORIOS y CONCIERTO CON CONTRATISTAS, tipificados en los artículos 52, 58 y 70, respectivamente, de la Ley Contra la Corrupción.

SEGUNDO: Declara improcedente el alegato expuesto por la ciudadana Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, Doctora Luisa Ortega Díaz, relacionado con la renuncia de la prerrogativa del antejuicio de mérito.

TERCERO: Declara improcedentes las pretensiones contenidas en el escrito de la ciudadana Gerin Páez Martínez, defensora privada del ciudadano Carlos Eduardo Giménez Colmenárez.”

Respecto de la decisión que fue transcrita, este Magistrado disidente estima lo siguiente:

1. En relación con la declaración, por parte de la Sala Plena, de que existe colisión de normas entre la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, en lo que respecta a cuál es el tribunal materialmente competente para el conocimiento de la causa que se sigue contra el ex Gobernador del Estado Yaracuy, Carlos Eduardo Giménez Colmenárez, es opinión de quien se aparta del criterio mayoritario que éste incurrió en error por cuanto, en Derecho, no es concebible, como problema que amerite el planteamiento de una pretensión por colisión de leyes –que es el único que existe- una colisión entre normas vigentes de las cuales unas sean de rango constitucional y otras infraconstitucionales; ello, por la indiscutible prevalencia, siempre, de las primeras sobre las segundas.

En efecto, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 2720 de 14 de octubre de 2003, caso: *Alexis José Bravo León*, señaló:

“Delimitado lo anterior, esta Sala observa que, en la sentencia N° 265 dictada el 25 de abril de 2000 (caso: *Julio Dávila Cárdenas*), se hizo referencia a los aspectos sustantivos y adjetivos a considerar para la resolución de los conflictos derivados de la colisión de leyes, reiterando el criterio que, en su oportunidad, había expuesto la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno. En tal sentido, se dispuso:

“(…) debe señalarse que de las mencionadas normas atributivas de competencia, no existen otras disposiciones relativas al procedimiento del denominado recurso de colisión, salvo la referencia expresa que del mismo hace el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que alude a la reducción de lapsos y la eliminación de las etapas de relación e informes cuando el asunto fuere de mero derecho. En el mismo sentido, puede afirmarse, que tampoco existe regulación desde el punto de vista de los criterios materiales que han de seguirse cuando se planteen colisiones de normas.

No obstante, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 31 de octubre de 1995, dictada en el caso: *Alí José Venturini B.*, en el análisis del contexto del ordenamiento jurídico, expuso los elementos que caracterizan a esta figura de la ‘Colisión de Normas’.

Desde el punto de vista del derecho adjetivo, el fallo señaló:

‘Primero. La Corte conoce del mismo a instancia de parte interesada, tal como lo prevé el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, (...).

Dos. Se trata de un verdadero y propio recurso, en el sentido de que se solicita a la Corte se dirima un conflicto planteado por la preexistencia de normas que aparentemente coliden.

Tres. No existe un procedimiento expresamente previsto, (...), por lo cual rige para su decisión lo previsto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia’.

Desde un punto de vista material, delineó los objetivos de este recurso:

‘Que la Corte resuelva el conflicto planteado entre diversas disposiciones legales y que efectuado lo anterior, la Corte declare cual ha de prevalecer.

(...)

El recurso alude a la situación en la cual dos disposiciones intentan regular el mismo supuesto en forma diferente, con lo cual las mismas se encontrarían en conflicto.

Esta norma atributiva de competencia contenida en el citado ordinal 6° del artículo 42 implica, la facultad de este Alto Tribunal de determinar si existe contraste entre dos normas jurídicas en forma tal que la aplicación de una de ellas implique la violación de su sentido y alcance, y, en el caso dado de que tal fuese la situación, determinar cuál ha de predominar en base a los criterios hermeneúticos que utiliza.’

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

a.- Puede plantearse cuando la presunta colisión se da entre cualquier tipo de normas, e incluso, tratarse de diferentes disposiciones de un mismo texto legal.

b.- El conflicto de normas se manifiesta cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien, cuando impide la ejecución de la misma.

c.- No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible de materializarse en cualquier momento en que se concreten las situaciones que las normas regulan.

d.- No debe confundirse este recurso con el de interpretación, previsto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de 1999 y en el ordinal 24° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

e.- No se puede pretender que a través de este mecanismo, se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad’.

Igualmente, esta Sala en decisión N° 356 del 11 de mayo de 2000, delimitó el supuesto de procedencia del recurso de colisión, el cual se centra en determinar si existen consecuencias jurídicas distintas que regulan un mismo supuesto de hecho, a saber:

“(...) el recurso de colisión de normas se refiere a la situación en la cual dos disposiciones intentan regular el mismo supuesto de forma diferente por la cual las mismas se encontrarían en conflicto (...) una forma peculiar de colisión que puede clasificarse como colisión de sis-

temas normativos, que serían los casos de conjuntos de normas que rigen una materia determinada que en abstracto forman un cuerpo coherente, pero que, al ser comparadas con otras normas que regulan una situación igual o análoga, se hacen incompatibles al punto de generar problemas en su ejecución, en forma tal que la aplicación de uno de los sistemas implique la violación del sentido y alcance del otro régimen jurídico que coexiste con aquél”.

2. Por otra parte, observa este disidente que la norma del artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, a que hace referencia el pronunciamiento de la Sala Plena, es anterior a la Constitución vigente y por razón de que su contenido contradice al artículo 266.3 de la Constitución, aquélla resultó tácitamente derogada conforme a la Disposición Derogatoria Única de la Ley Fundamental. Adicionalmente, se advierte que, pese a su derogación, la predicha disposición legal ha permanecido en el texto del Código Orgánico Procesal Penal luego de las sucesivas reformas parciales que el mismo ha sufrido durante la vigencia de la actual Constitución. Tal situación configura, según doctrina vigente de la Sala Constitucional, una “reedición” de dicha norma, por tanto, carece de validez y vigencia, lo cual abunda en la inexistencia del problema que la Sala Plena estimó debía ser resuelto por la Sala Constitucional.

En efecto, la Sala Constitucional, mediante fallo N° 728 de 5 de abril de 2006, expediente N° 06-0189, caso: *Sonia Sgambatti*, estimó lo siguiente:

“Esta Sala, de hecho, en fecha reciente tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, la Sala había anulado, por sentencia N° 1942 del 15 de julio de 2003, los artículos 223 y 226 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimposición) se repitió el texto de las normas anuladas, si bien con otra numeración (el artículo 223 pasó a ser 222; el artículo 226 pasó a ser 225). Por ello, la Sala, al ser solicitada su intervención, sostuvo, lo siguiente:

“Conforme a la vigente Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde a la Sala Constitucional (salvo excepciones) el control concentrado de la Constitución, y podrá declarar la nulidad de leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando coliden con aquella.

Este control concentrado se ventila mediante el proceso de nulidad establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y antes en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de una actividad jurisdiccional, emanada de la jurisdicción constitucional (artículo 334 constitucional), la declaratoria de nulidad, así como sus alcances, son el resultado de una sentencia que produce efectos erga omnes, convirtiéndose en cosa juzgada al respecto.

Como cosa juzgada, la nulidad declarada debe ser acatada y respetada por los órganos legislativos que dictaron la ley anulada total o parcialmente, o por los órganos del poder público que produjeron el acto, ya que la sentencia firme equivale a una ley (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) y es vinculante hacia el futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), sin que ningún juez pueda volver a sentenciar la controversia ya decidida por un fallo (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil), por lo que el tema juzgado en el proceso no es objeto de nueva discusión y la colectividad en su totalidad (personas naturales y jurídicas), deben respetar la nulidad declarada sin poder alzarse contra ella.

A falta de disposiciones específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los caracteres de la cosa juzgada contenida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 1396 del Código Civil y 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil) están presentes, en lo posible, en las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces que ejercen la jurisdicción en materia constitucional, y uno de esos caracteres es el de la presunción legal que impide, por la autoridad de la cosa juzgada, que lo que ha sido objeto de la sentencia firme, vuelva a discutirse, o pierda sus efectos, por lo que éstos se mantienen en el tiempo.

Consecuencia de ello, es que la nulidad declarada por inconstitucionalidad que indica con precisión la disposición anulada (artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), invalida la ley o el acto, señalando sus efectos *ex munc* o *ex tunc* (artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero siempre partiendo de la base que hacia el futuro dejó de existir la ley anulada total o parcialmente, sin que ella tenga vigencia alguna. Pero ¿qué sucede si el órgano legislativo dicta de nuevo la ley desacatando la cosa juzgada?

A juicio de esta Sala, tal violación a la cosa juzgada no produce ningún efecto, debido a los caracteres que antes la Sala ha señalado a esta institución.

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constate la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla' (*Vid.* Sent. N° 181/2006).

En el caso del fallo parcialmente transcrito, la Sala comparó las normas anuladas con las que figuran en la publicación del Cogido en marzo y abril de 2005 y constató que eran las mismas. Por ello, declaró que existía "divergencia entre lo sentenciado por esta Sala Constitucional respecto de las normas anuladas del Código Penal de 2000, y las contenidas en estos últimos artículos". Agregó en tal sentido:

"(...) la Sala no reconoce efecto alguno a los artículos 222 y 225 de la Ley de Reforma del Código Penal, toda vez que son repetición de los anulados en el fallo N° 1942, el cual dejó delimitado el contenido de dichas normas como antes se apuntó, sin que pueda entenderse la declaración de este fallo como la nulidad incidental a que se refiere el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que se trata de la ejecución de un fallo dictado por esta Sala que ha sido contrariado por el órgano legislativo nacional.

Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de las normas contenidas en los artículos 222 y 225 y, en consecuencia, nulos los artículos 223 y 226 en los términos establecidos en la sentencia N° 1942 de 2003

En virtud de la declaratoria anterior, los efectos de este fallo tienen carácter *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, y, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de la

misma en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, la cual señalará en el Sumario: ‘DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA LA REEDICIÓN LOS ARTÍCULOS 222 Y 225 DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, PUBLICADO EL 13 DE ABRIL DE 2005 EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA N° 5.768 EXTRAORDINARIO’ (...).

Lo anterior es aplicable al caso de autos, constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada en 1980 y la publicada en los años 2000 y 2005, por lo que procede anularla in limine, como forma de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición del acto con efectos *erga omnes*, sino también la imposibilidad de incorporarlo nuevamente al ordenamiento.

Por lo expuesto, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de la norma contenida en el artículo 423 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el artículo 421 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara nulo el artículo 421 del Código Penal, publicado el 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. Así se decide.”

Así las cosas, estima quien difiere que, en el asunto bajo estudio, es evidente que no existe un problema de colisión de normas de igual rango que requiera resolución a través de un medio judicial específico pues, tal como se dijo, el artículo 266.3 de la Constitución Nacional primaria, indubitadamente, respecto del artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, además, ha de estimarse derogado; de modo que la competencia para el juzgamiento, por la supuesta comisión de delitos comunes, del ciudadano Carlos Eduardo Giménez Colmenárez recae en la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Sin perjuicio de lo que se expresó con anterioridad, para el Magistrado disidente es evidente que la letra de la norma constitucional conduce a un resultado contrario a la lógica y a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico, de modo que resulta indiscutible su necesaria interpretación en forma que no conduzca a un resultado absurdo (laguna), que no puede haber sido el que plasmó el constituyente.

Esa labor integradora del derecho aplicable a un caso concreto compete a todos los jueces de la República y no sólo a la Sala Constitucional, por lo que nada impedía que la hiciera la propia Sala Plena. Por el contrario, la declinación del asunto a la Sala Constitucional demorará la tramitación del juicio que debe seguirse, en perjuicio de los derechos del imputado. Sin embargo, podría estimarse indispensable esa declinación por el carácter auténtico de las interpretaciones que, de la Constitución, hace aquella, en cuyo caso, ésta ha debido realizarse, precisamente, para que recayera tal interpretación con esa fuerza, pero en ningún caso, para la resolución de un problema de colisión que no existe.

2. Pese a que se estime que esta Sala no ha debido aceptar la declinatoria que se le hizo, por las razones que se explicaron en el punto anterior, en atención a la entidad del asunto que se resolvió, el salvante expresará, a continuación, su parecer en relación con el acto decisorio de la Sala Constitucional que precede:

2.1 En opinión de quien difiere, la norma constitucional vigente no deja lugar a duda en lo que concierne a la afirmación de la competencia al Tribunal Supremo de Justicia para el enjuiciamiento de los altos funcionarios que enumera el artículo 266 de la Constitución, por la posible participación de éstos en la comisión de delitos comunes. Al respecto, no se encontró opinión disidente en la doctrina procesal penal nacional (véase, por ejemplo, Vásquez G., Magaly: *Derecho Procesal Penal Venezolano*, Pérez S., Eric: *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Moreno B., Carlos: *El Proceso Penal Venezolano*).

No existe, por tanto, laguna o vacío alguno al respecto, en la norma constitucional que atribuyó el Tribunal Supremo de Justicia la competencia en cuestión (delitos comunes) y cuyo contenido fue el que, sin reserva alguna, aprobó el pueblo de Venezuela, en el referéndum constitucional de 1999.

Con el razonamiento en contrario del que se discrepa, la Sala Constitucional se erigió en una suerte de censor valorativo de la voluntad constituyente del pueblo de Venezuela, de suerte que si éste –primero, a través de la representación por la Asamblea Nacional Constituyente y, luego, mediante la directa expresión de su voluntad- votó la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para el conocimiento de las causas penales que deban seguirse contra los antes señalados altos funcionarios, por la comisión de delitos comunes, no le está permitido a ningún Poder Público constituido la modificación de los términos bajo los cuales las normas constitucionales fueron aprobadas por el pueblo soberano. El pronunciamiento del cual se discrepa contradujo, incluso, doctrina anterior de esta Sala, en relación con su sumisión, como órgano del Poder Público constituido, al contenido de la Constitución y a los mecanismos que ésta incorporó para su propia reforma. Así, en su sentencia N° 1140, de 05 de octubre de 2000, esta juzgadora desarrolló la siguiente doctrina, que es, *mutatis mutandi*, plenamente aplicable a la situación que se examina:

Aun cuando en su escrito el recurrente no señala de manera específica a qué acto aprobatorio va dirigida la “acción de nulidad”, sin embargo, de los hechos narrados relativos a las dos discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, y a que sólo en la página 12 del escrito solicita un pronunciamiento interpretativo por parte de esta Sala, en relación “al acto constituyente aprobatorio”, esta Sala debe inferir que la acción de nulidad va dirigida en contra de la aprobación por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, en la segunda discusión del anteproyecto de Constitución, del cambio de denominación de la República de Venezuela por “República Bolivariana de Venezuela”.

No obstante lo anterior, constituye un hecho notorio para esta Sala, el que en fecha 15 de diciembre de 1999 fue realizado el Referéndum Aprobatorio de la Constitución que elaborara la Asamblea Nacional Constituyente. El resultado de dicho referéndum fue la aprobación por parte del pueblo venezolano, de la nueva estructura jurídico-política que se implementaría en el país. Así, el artículo 1 de la Constitución aprobada señala:

“La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador...”.

Por su parte, la Disposición Decimoséptima Transitoria señala que:

“El nombre de la República, una vez aprobada esta Constitución, será “República Bolivariana de Venezuela”, tal como está previsto en su artículo uno...”.

Las normas antes transcritas, forman parte de un todo, que es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual fue publicada el 30 de diciembre de 1999, en la *Gaceta Oficial* N° 36.860, reimpresa en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

En este sentido, debe esta Sala observar, que la naturaleza del acto impugnado, esto es, el acto constituyente que modificara la denominación de la República, al ser aprobado por el pueblo mediante el mencionado referendo del 15 de diciembre de 1999, adquirió otro carácter. En efecto, los actos constituyentes que pretende impugnar el recurrente, luego de haber sido aprobados por el cuerpo sufragante mediante el referéndum celebrado el 15 de diciembre de 1999, y su posterior publicación oficial el 30 de diciembre del mismo año, dejaron de ser apenas un anteproyecto de Constitución, para convertirse en el nuevo texto fundamental de la República.

Por tales motivos, esta Sala Constitucional considera que resultaría absurdo que un órgano jurisdiccional subordinado a la Carta Fundamental que le dio origen, pueda en forma alguna declarar la inconstitucionalidad de los preceptos contenidos en ella misma, pues resulta evidente que la voluntad democrática de los sufragantes fue la de adoptar un nuevo pacto social, gestado por sus representantes y legitimado por su aprobación.

En adición a lo expresado, debe esta Sala precisar que la Constitución vigente establece los procedimientos formales para su reforma, configurados éstos en la enmienda, la reforma, y el llamamiento a una Asamblea Nacional Constituyente, consagrados en el Título IX “De la Reforma Constitucional” de la vigente Constitución, en sus artículos 340 al 349. Es sólo mediante dichos mecanismos que puede ser reformada la Constitución, y no utilizando para ello un recurso de nulidad, el cual, lo que busca es la declaratoria, por parte del órgano jurisdiccional competente, de la inexistencia o invalidez del acto contra el cual se obra.

Contra la posibilidad de que un órgano del Poder Público, incluso la Asamblea Nacional Constituyente (a través, esta última, de sus actuaciones posteriores al referéndum aprobatorio de diciembre de 1999) reforme o innove en el texto de la Constitución actualmente vigente, al margen de los procedimientos que esta misma preceptuó para su enmienda o reforma o, bien, para la aprobación de una nueva Constitución, se ha pronunciado la doctrina nacional. Así, por ejemplo, A. R. BREWER-CARÍAS:

Por tanto, conforme a la voluntad popular del 25-4-99 sólo el propio pueblo podía aprobar la Constitución, mediante referéndum aprobatorio, por lo que no podía existir otra norma de rango constitucional que no fuera aprobada por el propio pueblo.

Por ello, al considerar el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada que el Estatuto Electoral dictado por la Asamblea Nacional Constituyente tiene un supuesto rango constitucional, con el objeto de llenar los vacíos de las Disposiciones Transitorias de la Constitución, provocado por la propia Asamblea Nacional Constituyente antes de publicar la Constitución; puede considerarse que el Tribunal violó la soberanía popular expresada el 25-4-99 y marginó la soberanía popular expresada el 15-12-99. La verdad es que de nada sirvió que los venezolanos hubiésemos aprobado por referéndum una Constitución el 15-12-99, si paralelamente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar otras normas constitucionales no aprobadas por el pueblo.

En el caso que se examina, se dio la anómala situación jurídica de la implícita acomodación del texto constitucional al del Código Orgánico Procesal Penal, cuando, por imperativo de los principios de jerarquía normativa, debió ser lo contrario, esto es, la adecuación de la ley a la Constitución.

2.2 Por otra parte, no se desconoce que, tal como se indicó ante la mayoría sentenciadora de la Sala Plena de este Alto Tribunal, la simple lectura de la norma constitucional que fue objeto de interpretación, esta vez por la mayoría de la Sala Constitucional, por lo que respecta a la competencia para el enjuiciamiento de los delitos políticos en el marco del artículo 266.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, podría conducir a un resultado contrario a la lógica y a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, en palabras de JORGE U. CARMONA TINOCO, “[l]as normas jurídicas, cuando son expresadas a través del lenguaje escrito, admiten la aparente coexistencia de varios sentidos a la vez, (...), aun admitiendo la postura de que existen preceptos jurídicos que no aceptan estrictamente más que un solo sentido, es indispensable la interpretación para determinarlo y así obtener la norma jurídica. Estos aspectos han dejado como una pieza de museo el viejo *adagio* in claris non fit interpretatio.” (*La interpretación judicial constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1996, p. 36).

La integración judicial consiste, entonces, “en la facultad atribuida al juzgador para colmar las llamadas lagunas de la ley, es decir, la operación que éste debe efectuar cuando tiene que dictar un fallo no obstante que el legislador no previó o no pudo prever el caso particular sometido al conocimiento judicial”. (Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre la interpretación judicial*, citado por Carmona Tinoco, Jorge U. en *La interpretación judicial constitucional*, *ob.cit.*, p. 37).

Así, como es sabido, la interpretación debe satisfacer dos exigencias: lógica y axiológica. La primera exige el examen de la norma aplicable –de rango constitucional, en el supuesto de autos- *dentro de su contexto* –en este caso, las normas constitucionales atributivas de competencia al Tribunal Supremo de Justicia-; la segunda exige que ese examen tenga en cuenta *la solución óptima de cada situación*, según los valores imperantes en la sociedad y en el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, puede verificarse, en primer lugar, que el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –que está ubicado dentro de la sección segunda, “del Tribunal Supremo de Justicia”, del capítulo III, “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”, del Título V, “De la organización del Poder Público Nacional”- confía al Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de las más altas potestades dentro del Poder Judicial. Las disposiciones precedentes recogen severas exigencias para ser magistrado o magistrada de ese Tribunal y las posteriores le otorgan, además, la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial y la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Ese es el contexto normativo dentro del que debe hacerse la interpretación de aquella norma constitucional.

Por lo que toca a la interpretación axiológica, ya puso de relieve, con acierto, la mayoría, como la norma que se desprendería de un análisis superficial de la disposición normativa constitucional que determina la competencia para el conocimiento de los delitos que se atribuyan a los altos funcionarios a que se refiere, después de que este Tribunal Supremo de Justicia hubiere declarado que hay méritos para su enjuiciamiento, conduciría al resultado de que el Máximo Tribunal de la República, en Sala Plena, enjuiciaría a dichos funcionarios cuando se les imputasen delitos comunes pero no cuando los que se les atribuyesen fuesen políticos. Tal conclusión contraría los valores que el constituyente quiso proteger a través de esa norma, los cuales pueden determinarse a través de nuestra tradición constitucional en la redacción de preceptos análogos y a través del contexto al que se hizo alusión, que no arrojan dudas acerca de que al Tribunal Supremo de Justicia le corresponde el conocimiento de los asuntos de mayor importancia dentro de los que competen al Poder Judicial, en tanto que la distribución y atribución de los de menor entidad se dejó al legislador. La mayor relevancia para la sociedad de los delitos políticos frente a los comunes, por evidente, no necesita de explicación alguna.

2.2 Una interpretación estrictamente literal del artículo 266.3 de la Constitución, además, sería insuficiente porque no menciona a los delitos políticos; existe, entonces, una laguna a su respecto. La conclusión según la cual el conocimiento de estas infracciones está atribuida a los tribunales ordinarios se deduce del enunciado a través del argumento *en contrario*: en virtud de que hay dos clases de delitos, los comunes y los políticos, y sólo respecto de los primeros establece la Constitución la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para su enjuiciamiento, *por argumento en contrario* los segundos corresponden, entonces, a los tribunales ordinarios.

Es deber del intérprete –de todo intérprete– el rechazo de las conclusiones que no resistan el análisis lógico y axiológico al que se hizo referencia *supra*; por lo tanto, la conclusión que se apuntó anteriormente debe rechazarse.

2.3 Sin embargo, en opinión de quien discrepa de la mayoría, la interpretación correcta del artículo 266.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha debido hacerse dentro del máximo respeto a la voluntad popular que refrendó la Constitución vigente.

En este sentido, resulta revelador el examen del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente en cuya sesión ordinaria N° 37, el 5 de noviembre de 1999, se aprobó, en primera discusión, el artículo 301 del proyecto de Constitución, el cual resultó aprobado, *por unanimidad, sin discusión alguna a su respecto*, con un texto sustancialmente igual (salvo por los que respecta a la distinción de géneros) al del que se convirtió en la Constitución vigente. (Cfr. *Gaceta Constituyente*, acta N° 37, p. 29). En segunda discusión, la totalidad del capítulo III del Título V del proyecto de Constitución fue aprobado en las mismas circunstancias (sin debate y por unanimidad), en sesión N° 43 del 13 de noviembre de 1999. (Cfr. *Gaceta Constituyente*, acta N° 43, p. 75). En consecuencia, no podía la Sala Constitucional desconocer la voluntad constituyente que otorgó el conocimiento de los delitos comunes que comentan las personas a las que se refiere el artículo 266.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al Tribunal Supremo de Justicia.

Problema distinto es la atribución de competencia para el enjuiciamiento de los delitos políticos que se imputen a las personas en cuestión, en cuyo caso, como se afirmó, la norma que deriva del argumento en contrario es inaceptable.

2.4 En cambio, al auxilio del argumento *a fortiori*, se arriba a una interpretación razonable del enunciado constitucional y no se desvirtúa su texto. Así, en opinión del disidente, la interpretación correcta del artículo que se examina, tanto contextual como axiológicamente, indica que, si el enjuiciamiento de los delitos comunes que se imputen a los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266.3 constitucional corresponde al Tribunal Supremo de Justicia como más alto tribunal de la República, *con mayor razón* le corresponderán *también* los delitos políticos, que son más graves para la sociedad en su conjunto, en tanto que atentan contra el orden jurídico y político de la Nación.

2.5 Por otra parte, tampoco comparte quien se aparta del criterio mayoritario el razonamiento según el cual la colisión entre el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se resuelve sobre la base de que el Código Orgánico Procesal Penal es posterior y especial.

En primer lugar, porque el aspecto en el que coliden las normas es adjetivo, “de organización”: la determinación de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual es la ley que lo organiza, precisamente, la ley especial.

En segundo lugar, porque no es cierto que el Código Orgánico Procesal Penal sea posterior a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia por lo que a las normas que se enfrentan se refiere, porque la del Código Adjetivo Penal ha permanecido inalterada desde la iniciación de su vigencia primigenia (bajo la de la Constitución de 1961), de modo que es aquella primera fecha y no la de la última reforma la que debe tomarse en cuenta para la determinación de cuál es la ley posterior, que es, entonces, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de 2004. Por último, porque si se hubiera hecho la interpretación correcta, ambas normas habría que leerlas a la luz de la constitucional de la que no deben apartarse. Así, la de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia debería recibir la misma inter-

pretación *a fortiori* del precepto del Texto Magno y la del Código Orgánico Procesal Penal sería parcialmente inconstitucional por lo que se refiere a la remisión *al tribunal ordinario competente si el delito fuere común*, de modo que la colisión tendría que haber sido resuelta a favor de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que, en este caso, frente al Código Orgánico Procesal Penal, ley especial y posterior y, además, porque aquella no contradice el texto constitucional y éste sí.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

b. *Administración de Justicia. Criterios jurisprudenciales*

TSJ-SC (1898)

1-12-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Jorge Bali Rahbe (Revisión constitucional de la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo)

Es doctrina pacífica de la Sala Constitucional que en virtud de la seguridad jurídica y confianza legítima de las partes, los nuevos criterios o doctrinas, producto de la evolución jurisprudencial de cada Sala de este Máximo Tribunal, deben ser aplicados siempre hacia el futuro, vale decir, a los asuntos que con posterioridad a la sentencia que establece el nuevo criterio, sean sometidos a su conocimiento.

Observa la Sala que el solicitante alega fundamentalmente que la decisión cuya revisión se solicita, en franca violación de sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la igualdad, confirmó la aplicación retroactiva del criterio de la Sala Constitucional contenido en sentencia del 26 de enero de 2004 a una situación de hecho acaecida en el año 2001 y confirmó la reposición del procedimiento contencioso administrativo de nulidad, ordenada mediante sentencia dictada el 19 de enero de 2006 por el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas y Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental.

De la revisión de las actas y a partir de las denuncias formuladas por el solicitante, esta Sala advierte que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la sentencia sometida a revisión, dictada el 14 de mayo de 2008, con ocasión de la apelación interpuesta por la parte demandante, indicó que el aludido Juzgado Superior repuso la causa al estado de que se designara nuevo defensor judicial y anuló el nombramiento del defensor *ad litem* realizado el 10 de agosto de 2000, así como los actos de procedimiento subsiguientes, por considerar que el defensor no había dado contestación a la demanda ni había promovido prueba alguna en favor de su representado lo que resultaba violatorio del derecho a la defensa de la parte a la cual debía defender, haciendo referencia a la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 14 de abril de 2005; posición que la Corte Segunda expresó compartir por cuanto le resultaba inaceptable “*que el defensor judicial no asista a contestar la demanda y nada alegue a favor de sus representados y que como consecuencia de ello se aplique la consecuencia jurídica de la confesión ficta a quienes aquel debía defender (...)*”.

Sobre este aspecto, cabe destacar que ciertamente en sentencia N° 531 del 14 de abril de 2005, la Sala reconoció que en su decisión N° 967 del 28 de mayo de 2002, había indicado “*que bastaba con el nombramiento y posterior juramentación del defensor ad litem por parte del órgano jurisdiccional, para garantizar el derecho a la defensa de la parte demandada en juicio; sin embargo, el 26 de enero de 2004, al asumir un nuevo criterio, esta Sala fue más allá y estableció mediante decisión N° 33, que ‘(...) la función del defensor ad litem, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho*

*de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor **ad litem** no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor **ad litem** ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa. (...omisis...) Si el defensor no obra con tal diligencia, el demandado queda disminuido en su defensa, por lo que la decisión impugnada, que no tomó en cuenta tal situación, infringió el artículo 49 constitucional y así se declara'. Es decir, que no resulta suficiente que el Tribunal asegure los trámites que concluyen con la aceptación y juramentación del defensor ad litem, sino que la actuación debe ser vigilada en todo momento por el órgano jurisdiccional, a los fines de que esa participación por parte dicho defensor se haga activa, y de esta forma se garantice el derecho a la defensa del justiciable".*

Conviene señalar que este nuevo criterio contenido en la sentencia N° 33 del 26 de enero de 2004, ratificado en la sentencia N° 531 del 14 de abril de 2005, en la cual se fundamenta la sentencia dictada por el Tribunal Superior aludido y confirmada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en el fallo objeto de revisión, resulta aplicable a las causas iniciadas después de su publicación y no al caso que nos ocupa por no encontrarse vigente para el 3 de agosto de 1999, fecha de presentación de la pretensión contencioso administrativa de nulidad por parte del solicitante.

En este sentido, es preciso destacar que es doctrina pacífica de esta Sala que en virtud de la seguridad jurídica y confianza legítima de las partes, los nuevos criterios o doctrinas, producto de la evolución jurisprudencial de cada Sala de este Máximo Tribunal, deben ser aplicados siempre hacia el futuro, vale decir, a los asuntos que con posterioridad a la sentencia que establece el nuevo criterio, sean sometidos a su conocimiento.

Ello se explica por cuanto la alteración del estado de derecho que conllevaría la aplicación de un nuevo criterio a situaciones jurídicas pasadas, constituiría sin lugar a dudas una lesión irreversible a las partes quienes ejercieron su derecho a la defensa respecto de una *litis* trabada en un marco jurídico determinado espacial y temporalmente, el cual no puede modificarse en razón de la evolución jurisprudencial que siempre deberá aplicarse a los casos por venir.

En este orden, la sentencia dictada por esta Sala N° 2406 del 18 de diciembre de 2006, señaló lo siguiente:

"En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos. No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. Sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho (...)". (Resaltado de este fallo).

En atención a lo expuesto, estima esta Sala que en el caso *sub júdice*, el nuevo criterio contenido en la sentencia N° 531 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de abril de 2005, no es aplicable en el procedimiento contencioso administrativo de nulidad e indemnización por daños y perjuicios que sigue el ciudadano Jorge Bali Rahbe contra el Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas y los ciudadanos Gloria Margarita Caraballo de Arasme, Vilma Rosa Arasme Caraballo y Deudelis Arasme de López respecto de una presunta segunda venta de un terreno ejidal, por cuanto no se encontraba vigente para la fecha de interposición de la pretensión de nulidad y la aplicación retroactiva de los criterios jurisprudenciales resulta contraria a la ley y a la seguridad jurídica como lo ha señalado esta Sala (*Vid.* Sentencias N° 670/04 y 3.057/04).

En virtud de los fundamentos y doctrina jurisprudencial expuestos, esta Sala concluye que, en el presente caso, la solicitud de revisión de la sentencia N° 2000-00785 dictada el 14 de mayo de 2008 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debe declararse que ha lugar y, en tal sentido, queda anulada dicha decisión y se ordena a la Corte Segunda Accidental de lo Contencioso Administrativo dictar nueva sentencia con apego a lo señalado en este fallo; y así se decide.

TSJ-SC (1854)

28-11-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Jesús Ángel Barrios Mannucci vs. Decisión Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

...Del fallo que antecede cuya doctrina aquí se ratifica se deduce que los cambios de criterios jurisprudenciales se producen cuando el Tribunal altera o modifica explícita o implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad; sin embargo, es preciso el señalamiento de que no todo abandono de un criterio anterior supone indefectiblemente un cambio de criterio jurisprudencial, ya que puede que el mismo sea aparente, fenómeno éste que ‘tiene su origen en la inercia de entresacar frases generales de las sentencias sin preocuparse del caso debatido o de limitarse al fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso’ o ‘cuando se invocan sentencias anteriores como contrarias a la actual y las citas extraídas son obiter o bien la invocación es errónea porque la sentencia invocada o no tiene que ver con la cuestión debatida o dice lo mismo que la sentencia actual’. (*Cfr.* Puig Brutau, J. “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Medio Siglo de Estudios Jurídicos*, Valencia, España 1997, p. 189).

Tampoco existe cambio de criterio jurisprudencial cuando la nueva doctrina se deriva de un cambio en la legislación o si el Tribunal se pronuncia, por primera vez, respecto del caso en litigio o este es diferente al que invoca la parte como jurisprudencia aplicable.

Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnera derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxime si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia.

2. *El Poder Estatal*

A. *Gobernadores: Postulación*

TSJ-SE (182)

6-11-2008

Magistrado Ponente: Fernando Ramon Torrealba

Caso: Pedro José León Reyes vs. Consejo Nacional Electoral

De la interpretación literal del artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, se deduce como primera premisa que los gobernadores de Estado pueden ser reelectos para el período inmediato siguiente, no obstante, para ser electos nuevamente, es decir, para un tercer período, necesariamente deben esperar que transcurran por lo menos dos períodos constitucionales desde su última elección.

Precisado lo anterior, se observa que el fundamento del presente recurso es que, según opina la parte actora, el ciudadano Enrique Salas Feo no puede postularse al cargo de gobernador del estado Carabobo, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado. Al respecto, se observa que el artículo 7 de la Ley Sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, establece lo siguiente:

“Los Gobernadores de Estado electos, que hayan ejercido el cargo por un período legal o por más de la mitad del mismo, conforme a lo dispuesto en esta Ley, podrán ser reelegidos, en la misma jurisdicción, para el período inmediato siguiente, pero no podrán ser elegidos nuevamente, hasta después de transcurridos dos (2) períodos, contados a partir de la última elección.”

El citado artículo permite a los Gobernadores de Estado optar por la reelección, lo que se corresponde con lo previsto en el único aparte del artículo 160 constitucional, conforme al cual “El Gobernador o Gobernadora podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”, no obstante, el artículo 7 bajo análisis también contempla la inelegibilidad de aquellos candidatos que hayan ejercido dos períodos consecutivos en la misma jurisdicción, es decir, aquellos que hayan sido reelectos inmediatamente después de su primera elección, siempre que no hayan transcurrido dos (2) períodos contados a partir de su última elección.

Así, lo previsto en el artículo 7 ejusdem constituye una causal de inelegibilidad de orden temporal, en tanto, se trata de una condición que le impide a una persona ser legalmente electa por un tiempo determinado, esto es, dos períodos constitucionales de mandato, lo que suma un total de ocho (8) años, considerando que cada período tienen una duración de cuatro (4) años a tenor de lo preceptuado en el artículo 160 constitucional, contados a partir de la “...última elección...”, según la letra de la mencionada norma.

Ahora bien, de la interpretación literal de la norma se deduce como primera premisa que los gobernadores de Estado pueden ser reelectos para el período inmediato siguiente, no obstante, para ser electos nuevamente, es decir, para un tercer período, necesariamente deben esperar que transcurran por lo menos dos períodos constitucionales desde su última elección.

Siendo así, no cabe la menor duda que la causal temporal de inelegibilidad para ser el representante del poder ejecutivo estatal, contenida en el artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, aplica para aquellos ciudadanos que hayan ejercido el cargo de Gobernador por dos períodos constitucionales.

En el caso que nos ocupa, se observa que el ciudadano Enrique Sala Feo ocupó el cargo de Gobernador del estado Carabobo durante el período constitucional 2000-2004, sin que fuese reelecto inmediatamente, de manera que no ocupó dicho cargo por dos períodos inmediatos y consecutivos, razón por la cual no le aplica la causal de inelegibilidad contemplada en el artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado.

En consecuencia, el referido ciudadano no está en el deber de esperar que transcurran dos períodos constitucionales desde su única elección (año 2000) para postularse nuevamente al cargo de Gobernador del estado Carabobo; situación distinta a la que se presentaría en caso de que hubiese sido reelecto en el año 2004, pues deberían entonces contarse dos períodos constitucionales a partir de su "...última elección..." como lo preceptúa el mencionado dispositivo legal –y no de su única elección– para postularse nuevamente.

Visto el anterior razonamiento, concluye esta Sala que el ciudadano Enrique Salas Feo no incurre en la causal de inelegibilidad prevista en el artículo 7 de la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, para postularse al cargo de Gobernador del estado Carabobo en los próximos comicios a celebrarse el día 23 de noviembre de 2008. Así se declara. Declarado lo anterior, resulta forzoso declarar Sin Lugar el recurso contencioso electoral incoado en la presente causa. Así se resuelve.

Voto Salvado del Magistrado Juan José Núñez Calderón

Quien suscribe, Magistrado JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora en el fallo que antecedente, mediante el cual se declaró: sin lugar el recurso contencioso electoral interpuesto por el ciudadano Pedro León José Reyes, asistido de abogado, contra la Resolución N° 080820-806, dictada por el Consejo Nacional Electoral en fecha 20 de agosto de 2008, publicada en la Gaceta Electoral N° 456 del 8 de septiembre del mismo año, mediante la cual se declara inadmisibile el recurso de impugnación de la postulación del ciudadano Enrique Sala Feo,

Al respecto, de conformidad con lo previsto en el aparte 4 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde esgrimir las razones que fundamentan mi disidencia, y en tal sentido expongo:

La pretensión ejercida por la parte recurrente, según se desprende del propio contenido del fallo, versa sobre "...la legalidad de la postulación del ciudadano Enrique Sala Feo como candidato a Gobernador del estado Carabobo, en las elecciones a realizarse el próximo 23 de noviembre de 2008..." (página 9 del fallo).

Ahora bien, en fecha 6 de noviembre de 2008, el abogado Juan José Barrios Padrón, apoderado judicial del recurrente, manifestó expresamente su voluntad de desistir del recurso contencioso electoral; sin embargo, la mayoría sentenciadora "...no homologa la solicitud de desistimiento formulada por la parte recurrente y pasa a decidir el presente recurso...", al considerar lo siguiente:

El caso planteado versa sobre la legalidad de la postulación a gobernador del mencionado ciudadano, "...en las elecciones a realizarse el próximo 23 de noviembre de 2008, en la que tiene interés todo el pueblo venezolano y en particular los electores del mencionado Estado, pues se trata de la escogencia en un proceso comicial del funcionario que en los próximos cuatro años va a detentar el mandato popular para la conducción del poder ejecutivo estatal carabobeño, siendo que el ciudadano Enrique Salas Feo forma parte de la oferta electoral en consideración del soberano, todo lo cual considera esta Sala que constituye razones de orden público graves y suficientes para continuar conociendo de la causa y no homologar la solicitud de desistimiento..."

En este sentido, es necesario advertir que la figura del desistimiento consiste en "...declarar la voluntad de terminar o renunciar a la demanda..." (Calvo Bacca, Emilio. [2003]. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela*, Ediciones Libra, p. 294); y que esta misma Sala ha señalado, reiteradamente, que conforme a lo previsto en el encabezado del artículo 263 del Código de Procedimiento Civil (aplicable supletoriamente en materia contencioso electoral por remisión expresa de los artículos 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 19, primer aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), "[e]n cualquier estado y grado de la causa puede el demandante desistir de la demanda y el demandado convenir en ella. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria" (corchetes propios), siendo la única exigencia que se posea la capacidad para desistir, en efecto, el artículo 264 *eiusdem* prevé que "[p]ara desistir de la demanda y convenir en ella se necesita tener capacidad para disponer del objeto sobre que verse la controversia y que se trate de materias en las cuales no estén prohibidas las transacciones" (corchetes propios).

Cabe destacar también, que esta misma Sala ha interpretado lo dispuesto en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, referido al desistimiento del procedimiento, entre otros, en su fallo N° 31 del 02 de marzo de 2006 (caso: *Tiberio José Bermúdez Luzardo*) y reiterada en sentencia N° 81 del 16 de mayo de 2006 (caso: *Asociación de Patinaje Lineal del Estado Miranda*); y conforme a esta doctrina estableció que, a fin de analizar la procedencia del desistimiento era necesario constatar lo siguiente:

- i) Que el desistimiento se haga pura y simplemente, es decir, sin estar sujeto a términos o condiciones;
- ii) Que exista capacidad legal del declarante para realizar este acto de disposición del proceso; y,
- iii) Que la demanda verse sobre una materia disponible.

Así, referidas las anteriores consideraciones, es necesario advertir que en el presente caso esta Sala Electoral ha debido analizar, en su conjunto, todos los requisitos establecidos a objeto de determinar si procedía o no la homologación del mismo; y al efectuar tal análisis la única solución posible era declarar que el recurso, efectivamente, versa sobre una materia disponible por cuanto se trata de una elector que pretendía la declaratoria de nulidad de una Resolución emanada del Consejo Nacional Electoral que trata sobre una impugnación efectuada a la postulación de un candidato a gobernador en una entidad regional, asunto que en modo alguno puede considerarse atentatorio del orden público ni el interés general, por lo que la mayoría sentenciadora, lejos de entrar a revisar el fondo del asunto sometido a su conocimiento, y desconocer el orden procesal, debió homologar la solicitud del mismo, máxime cuando el recurso iba a ser declarado sin lugar.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente para salvar su voto en el presente fallo.

3. *El Poder Municipal*

A. *Alcaldes: Postulación*

TSJ-SE (190)

11-11-2008

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Lisandro Cabello (artículo 10 de la Resolución del Consejo Nacional Electoral signada con el número 080721-658 del 21 de julio de 2008.)

La Sala declara inconstitucional el artículo 10 de las normas impugnadas, que permitía la postulación de candidatos a Alcalde de un Municipio que conforma un Área Metropolitana, los Alcaldes que hubiesen sido reelegidos en otro de los Municipios que conforman dicha Área Metropolitana

La norma impugnada, vale decir, el artículo 10 de las *“Normas para Regular la Postulación de Candidatas o Candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo del Distrito del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las Elecciones a Celebrarse en Noviembre de 2008”*, contenida en la Resolución del Consejo Nacional Electoral signada con el número 080721-658 del 21 de julio de 2008, señala:

“Podrán postularse como candidatas o candidatos a Alcaldesa o Alcalde de un Municipio que conforma un Área Metropolitana, las Alcaldesas o Alcalde que hubiesen sido reelegidos en otro de los Municipios que conforman dicha Área Metropolitana. En estos casos, la Alcaldesa o Alcalde deberá separarse del ejercicio del cargo antes de su postulación”.

Las razones de su impugnación son las siguientes:

a) Porque viola el vínculo temporal previsto en el artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual el Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayorías de las personas que votan, y podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período, y

b) Porque viola el vínculo territorial previsto en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el cual exige como uno de los requisitos para ser Alcalde o Alcaldesa residir en el municipio de que se trate, durante al menos los tres (3) últimos años previos a su elección.

Siendo estos los términos en que ha sido planteado el recurso, esta Sala Electoral considera necesario señalar que la reelección reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que estableció el Constituyente de 1999, de suerte que amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen todos los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, en virtud de lo cual constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. (Cfr. *Sentencia de la Sala Constitucional signada con el número 2413 del 18 de diciembre de 2006*). No obstante, el Constituyente de 1999 ha establecido límites para la reelección que aún cuando pueden ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional; mientras ello no suceda, quienes aspiren a la reelección deben respetarlos.

Estos límites –en el caso concreto– han sido establecidos en el artículo 174 constitucional, según el cual la reelección podrá darse de inmediato y por una sola vez para un nuevo período de cuatro (4) años. Lógicamente, una vez que el Alcalde o Alcaldesa reelecto o reelecta cumplan con su mandato constitucional, este no podría optar al mismo cargo en ese mismo municipio. Empero, cabe preguntarse si puede hacerlo en otro municipio.

Para responder esta interrogante, en menester señalar que el artículo 177 constitucional establece que la ley nacional podrá establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhabilitación e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de Alcalde o Alcaldesa y concejales y concejales.

Así las cosas, se observa que el Constituyente de 1999 ha facultado al Legislador para establecer requisitos de residencia para la postulación y ejercicio del citado cargo. Dentro de esos requisitos se encuentra el establecimiento de un vínculo territorial entre electores y elegido, que tiende a establecer una mayor conexión con aspectos propios de la vida local y un conocimiento mayor acerca de la idoneidad de las políticas públicas que el candidato que aspire al cargo de Alcalde o Alcaldesa debe necesariamente incorporar en su programa de gobierno.

Así pues, no es posible que una persona que venga de cumplir su mandato constitucional como Alcalde o Alcaldesa reelecto o reelecta de un municipio cualquiera, pueda optar de inmediato al mismo cargo en otro municipio, así forme parte de un área metropolitana.

Ello porque tal situación, además de violar el límite temporal a que se refiere el artículo 174 constitucional, al configurar una especie de reelección extendida en otro territorio: “*volver a elegir*”, pero de inmediato, a quien viene de ocupar ese mismo cargo, esta vez en otro municipio; viola el vínculo territorial previsto en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al resultar imposible jurídicamente hablando que el aspirante a dicho cargo cumpla con el requisito de residencia que exige la Ley.

Cabe destacar, que el artículo 270 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece un supuesto de hecho distinto al contenido en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. En efecto, el referido artículo 270 señala:

“Artículo 270.- A los fines de las postulaciones de candidatos a Alcaldes, Concejales y miembros de los Juntas Parroquiales, en las áreas metropolitanas donde tengan jurisdicción dos (2) o más Concejos Municipales, se entiende como residencia, a los efectos de esta Ley y de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, cualquiera de los Municipios donde resida la persona, siempre y cuando se trate del área metropolitana. El Consejo Nacional Electoral, mediante resolución especial, determinará las áreas metropolitanas, de conformidad con lo que al respecto establezcan los entes públicos con competencia legal sobre la materia”.

Véase que aún cuando puede considerarse como residencia cualquiera de los municipios donde resida la persona que se postule como candidato a Alcalde, en las áreas metropolitanas, ello no significa que se pueda obviar el requisito de orden temporal que establecen los artículos 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuando expresan:

“Artículo 174.- (...) el Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan y podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez para un nuevo período”.

Artículo 85.- “El Alcalde o Alcaldesa deberá ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años de edad, de estado seglar y tener su residencia en el Municipio durante al menos los tres (3) últimos años previos a su elección”.

Téngase en cuenta que el artículo 270 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política solamente flexibiliza el requisito de residencia en las áreas metropolitana, más no establece nada en relación con la reelección, razón por la cual sólo puede aplicarse cuando el candidato aspire por vez primera el cargo de Alcalde o Alcaldesa de un municipio en cualquiera de las áreas metropolitanas, o sea, en función de una primera elección y hasta una segunda. Lo contrario sería crear una situación que la ley no prevé.

Por todo lo antes expuesto, la Sala Electoral estima que el artículo 10 de la Resolución del Consejo Nacional Electoral signada con el número 080721-658 del 21 de julio de 2008, viola tanto el vínculo temporal previsto en el artículo 174 constitucional, como el vínculo

territorial que exige el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. En consecuencia, se declara su nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 constitucional, y así se decide.

Asimismo, esta Sala Electoral advierte que ante la cercanía del acto de votación, el Consejo Nacional Electoral está obligado a revisar las postulaciones que se hayan hecho con base en la norma declarada nula, rechazándolas de inmediato, para evitar cualquier inconsistencia en la oferta electoral y salvaguardar con ello los derechos que tienen los electores.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*

A. *Vicios. Consecuencias: Nulidad Absoluta*

TSJ-SPA (1274)

22-11-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Liliana Hernández, Ramón José Medina y otros vs. Directorio del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (FIEM).

...Al respecto, resulta menester señalar en cuanto al vicio alegado de ausencia de procedimiento, contemplado en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que la Sala ha sido clara en afirmar la correspondencia de este vicio con la doctrina sentada en relación al debido proceso, el cual encuentra manifestación en un grupo de garantías procesales entre las que destaca la existencia y ejecución del procedimiento correspondiente.

Asimismo, es pertinente advertir que aun cuando la mencionada ley orgánica sanciona con nulidad absoluta los actos dictados “*con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido*”, la procedencia de la referida sanción jurídica está condicionada a la inexistencia de un procedimiento previsto legalmente.

La doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa progresivamente han delineado el contenido y alcance del referido vicio, al permitir una valoración distinta de éste, que afecta al acto administrativo en atención a la trascendencia de las infracciones del procedimiento. En tal sentido, se ha establecido que el acto administrativo adoptado estaría viciado de nulidad absoluta, cuando: a) ocurra la carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos; b) se aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento a seguir, se desvíe la actuación administrativa del *iter* procedimental que debía aplicarse de conformidad con el texto legal; o c) cuando se prescinda de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgredan fases del procedimiento que constituyan garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad). (*Vid.*, entre otras, sentencia N° 2.338 del 25 de octubre de 2006).

Así pues que, cuando el referido vicio no produce una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallas o irregularidades parciales, derivadas del incumplimiento de un trámite del procedimiento, la jurisprudencia ha considerado que el vicio es sancionado con anulabilidad, ya que sólo acarrearán la nulidad absoluta del acto aquellos vicios que tengan relevancia y provoquen una lesión grave al derecho de defensa.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia

TSJ-SPA (1250)

16-10-2008

Magistrado Ponente: Emiro Antonio García Rosas

Caso: Juan Gómez y Raquel Dalila Blanco Natera vs. Contraloría Interna del Instituto Nacional del Menor (INAM).

En virtud de la revisión hecha por la Sala Constitucional el 15 de diciembre de 2005, de la sentencia de esta Sala Político-Administrativa, dado su carácter vinculante, la Sala acoge el criterio expuesto en la referida revisión y pasa a pronunciarse **nuevamente** sobre la competencia para conocer y decidir la presente causa. En tal sentido observa:

Conforme a la sentencia referida en el punto previo, la competencia para conocer del recurso de nulidad y del amparo cautelar ejercidos conjuntamente, será determinada por la competencia para conocer de la acción principal. Ello conduce a determinar en principio a qué órgano jurisdiccional corresponde el conocimiento de la nulidad de autos.

El recurso de nulidad con acción de amparo cautelar a que se contraen las presentes actuaciones, se ha interpuesto contra el acto suscrito por el Contralor Interno del Instituto Nacional del Menor (INAM) en fecha 29 de enero de 2004, mediante el cual se declaró la responsabilidad administrativa de los recurrentes y se sancionó a cada uno, con multa de ocho millones ciento veinticinco mil doscientos bolívares (Bs. 8.125.200,00) (actualmente Bs. 8.125,20). Se evidencia entonces que el acto impugnado no emana del Contralor General de la República ni por órgano o persona alguna actuando por delegación, sino por un órgano de control fiscal distinto, como lo es el Contralor Interno del Instituto Nacional del Menor (INAM).

Al respecto, el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, prevé lo siguiente:

“Contra las decisiones del Contralor General de la República o sus delegatarios, señaladas en los artículos 103 y 107 (sic) de esta Ley, se podrá interponer recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a su notificación.

En el caso de las decisiones dictadas por los demás órganos de control fiscal se podrá interponer, dentro del mismo lapso contemplado en este artículo, recurso de nulidad por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.” (Resaltado de este fallo).

Establecido lo anterior, resulta necesario destacar que a tenor de lo dispuesto en la precitada ley, las decisiones que declaran la responsabilidad administrativa de un funcionario público son impugnables por la vía del recurso de reconsideración (cuya interposición se encuentra, en cualquier caso, sujeta al libre arbitrio del interesado dada cuenta que tales actos agotan la vía administrativa), y a través del recurso contencioso administrativo de nulidad por ante este Tribunal Supremo de Justicia, si la decisión proviene del Contralor General de la República o sus delegatarios, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo si ha sido dictada por los demás órganos de control fiscal.

En el presente caso el acto recurrido fue dictado por una autoridad distinta al Contralor General de la República, por lo que su conocimiento corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*A. *Objeto. Actos de Efectos Particulares. Caducidad***TSJ-SPA (1440)****12-11-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Giovanni Villalobos Añez vs Contraloría General de la República.

Conforme se desprende de la sentencia antes citada y así se ratifica en esta oportunidad, los actos administrativos de efectos particulares sí están sujetos al examen de la tempestividad de su impugnación en sede jurisdiccional por disponerlo en forma expresa tanto el Código Orgánico Tributario, en el caso citado, como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso bajo examen. En consecuencia, resulta improcedente el alegato formulado por el apelante. Así se declara.

2.- Establecido lo anterior, advierte la Sala que el aparte veinte del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone:

“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 aquélla 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”.

Conforme a la norma transcrita, las acciones o recursos de nulidad contra los actos particulares dictados por 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, 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.

B. *Motivos. Cuestiones de orden procesal. Acumulación de Causas: Procedimiento***TSJ-SPA (1586)****10-12-2008**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Corpomedios GV Inversiones, C.A., (GLOBOVISIÓN) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

La Sala analiza los requisitos de procedencia para la acumulación de Causas.

Previo al pronunciamiento referido a la solicitud de acumulación planteada por Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN), esta Sala observa que la representación judicial de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) alegó que el recurso por abstención, contenido en el expediente N° 2007-1133, resultaba inadmisibile por caducidad, por lo que no podría decidirse sobre dicha acumulación *“sin antes haberse pronunciado sobre la ocurrencia de uno de los supuestos de inadmisibilidad del recurso ejercido...”*.

Sobre el anterior particular debe precisar la Sala que el mencionado alegato de inadmisibilidad respecto del expediente N° 2007-1133 no constituye un impedimento procesal para que se emita el pronunciamiento referido a la acumulación, toda vez que dicho recurso fue admitido por el Juzgado de Sustanciación el 1° de abril de 2008, por lo que el sobrevenido argumento de inadmisión ha de ser resuelto como un punto previo cuando se decida el mérito del asunto, razón por la cual se declara improcedente tal solicitud. Así se decide.

Resuelto lo anterior, se observa que la institución procesal de la acumulación obedece a la necesidad de evitar que eventualmente se dicten fallos contradictorios en causas que guardan entre sí estrecha relación, además de favorecer la celeridad procesal, optimizando tiempo y recursos al decidir en una sola sentencia asuntos respecto de los cuales no existe razón alguna para que se ventilen en distintos procesos (ver sentencia de esta Sala N° 0975 del 13 de junio de 2007, entre otras).

En el caso que se analiza (expediente N° 2008-0058), se advierte que el recurso por abstención o carencia fue interpuesto por Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN), contra *“la conducta omisiva de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (...), al no cumplir con la obligación que le impone el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de elaborar el informe correspondiente para que el Ministerio de Infraestructura se pronuncie sobre el otorgamiento (...) de la concesión de radiodifusión para la prestación de sus servicios en la zona de Cabimas, Estado Zulia”*, con ocasión de la solicitud que hiciera la recurrente en fecha 23 de febrero de 2005 ante CONATEL.

Afirma la representación judicial de la parte actora que *“el Ministro de Infraestructura no puede pronunciarse sobre una solicitud de concesión como la de [su] representada, sin que previamente CONATEL le presente el informe a que alude el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”*, obligación con la cual no ha cumplido.

Por otra parte, en el expediente N° 2007-1133 se tramita el recurso por abstención o carencia interpuesto también por la representación judicial de la sociedad mercantil Corpomedios GV Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN), contra la omisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) de dar respuesta sobre la habilitación especial en la zona de Caracas para enlaces Punto a Punto con equipos de microondas portátiles en la banda de 12 Ghz.

Al respecto sostiene la recurrente que el 26 de noviembre de 2004 presentó ante CONATEL la referida solicitud de habilitación administrativa especial, sin que hasta la fecha el órgano administrativo haya cumplido con su obligación de *“realizar el análisis respectivo”* y decidir sobre su procedencia conforme lo establece el artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.

Con el objeto de analizar si es procedente la acumulación formulada por la representación judicial de la actora, que como ha decidido esta Sala *“es la razón fundamental que permite a los justiciables realizar una acumulación de varias pretensiones en el escrito de demanda, o a los jueces la acumulación de causas”* (sentencia N° 02154 del 10 de octubre de 2001), es preciso acudir a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente a los procedimientos que se siguen en este Máximo Tribunal, por remisión expresa del aparte 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Al efecto los artículos 51 y 52 del Código de Procedimiento Civil establecen lo siguiente:

“Artículo 51: Cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión competirá a la que haya prevenido.

En el caso de continencia de causa, conocerá de ambas controversias el Juez ante el cual estuviere pendiente la causa continente, a la cual se acumulará la causa contenida.”

“Artículo 52: Se entenderá también que existe conexión entre varias causas a los efectos de la primera parte del artículo precedente:

- 1) Cuando haya identidad de personas y objeto, aunque el título sea diferente.*
- 2) Cuando haya identidad de personas y título, aunque el objeto sea distinto.*
- 3) Cuando haya identidad de título y de objeto, aunque las personas sean diferentes.*
- 4) Cuando las demandas provengan del mismo título, aunque sean diferentes las personas y el objeto”.*

Advierte la Sala que la primera de las disposiciones transcritas se refiere a la determinación de la competencia en los casos de acumulación por conexión entre causas que cursen en distintos órganos jurisdiccionales, o cuando exista relación de continencia entre ellas; y la segunda norma precisa los supuestos que permiten al Juez establecer la conexión, cuando se trate de asuntos que estén pendientes en tribunales distintos. De ahí que, en principio, los referidos artículos no se aplican cuando se trate de juicios que se ventilen ante el mismo órgano jurisdiccional.

En este último caso, referido a la acumulación de causas que cursen en un mismo tribunal, el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

“Si un mismo Tribunal conociere de ambas causas, la acumulación podrá acordarse a solicitud de parte, con examen de ambos autos, en el plazo de cinco días a contar de la solicitud. La decisión que se dicte será impugnable mediante la solicitud de regulación de la competencia”. (Resaltado de la Sala).

Con base en lo anterior y visto que en la situación de autos ambos procesos sobre los cuales versa la acumulación requerida se encuentran en trámite ante esta Sala, que es el órgano jurisdiccional competente, corresponde analizar si no está prohibida la acumulación en este caso, *ex* artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

“Artículo 81: No procede la acumulación de autos o procesos:

- 1° Cuando no estuvieren en una misma instancia los procesos.*
- 2° Cuando se trate de procesos que cursen en tribunales civiles o mercantiles ordinarios a otros procesos que cursen en tribunales especiales.*
- 3° Cuando se trate de asuntos que tengan procedimientos incompatibles.*
- 4° Cuando en uno de los procesos que deban acumularse estuviere vencido el lapso de promoción de pruebas.*
- 5° Cuando no estuvieren citadas las partes para la contestación de la demanda en ambos procesos”.*

De conformidad con la norma transcrita, en el caso de autos se advierte que ambas causas cursan ante esta Sala Político-Administrativa en una misma instancia y se trata de recursos por abstención o carencia cuyo trámite se sigue por el mismo procedimiento.

Ahora bien, se observa que la representación de CONATEL sostuvo que la acumulación solicitada resultaba improcedente por cuanto en el expediente N° 2007-1133 había fenecido el lapso de promoción de pruebas y en el presente caso (2008-0058) estaba en curso.

Al respecto, es oportuno precisar que la intención del legislador explanada en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil (en referencia a los dos últimos ordinales previstos en la norma antes transcrita), aclara que la acumulación obedece a “*la necesidad de evitar la posibilidad de promoción maliciosa de una nueva causa acumulable a la otra, con el único propósito de paralizar aquélla o de subsanar alguna deficiencia probatoria*”. Es decir, la teleología del legislador en la disposición del ordinal 4° en cuestión, tiende a evitar que la acumulación se efectúe con la finalidad de dilatar el proceso, y que una parte obtenga ventaja probatoria como consecuencia de la suspensión que eventualmente se declare, permitiendo la promoción y posterior evacuación de pruebas en la causa acumulada, que en definitiva complementaría el acervo probatorio del asunto cuyo procedimiento quedaría suspendido.

De ahí que la interpretación de esa disposición encuentra sentido en los casos en que “*en uno de los procesos que deba acumularse estuviere vencido el lapso de promoción de pruebas*”, pero ello no es óbice para que, atendiendo a la intención del legislador, pueda ser procedente la acumulación de las causas, aun cuando en ambos procesos o en uno de ellos estuviere vencido el mencionado lapso, si ya no existe posibilidad alguna de promoción maliciosa en una nueva causa acumulable a la otra, ni de traer al proceso nuevos elementos probatorios. (*Vid.*, sentencia de esta Sala N° 0096 del 23 de enero de 2008).

En el caso bajo examen se observa que si bien en la causa contenida en el expediente N° 2007-1133 feneció el lapso de promoción de pruebas, sin embargo, para el momento en que se formuló el pedimento de acumulación en ambos expedientes no había transcurrido dicho lapso, y resulta más importante incluso destacar, que en el mencionado expediente aún no se ha iniciado la evacuación de las pruebas promovidas, razón por la cual dicho alegato resulta improcedente.

En cuanto al ordinal 5°, es decir, a la improcedencia de la acumulación cuando las partes no estuvieren citadas para la contestación, la Sala en anteriores oportunidades ha destacado que pese a no estar prevista la citación de las partes para tal fin, en los casos en que la pretensión es la anulación de un acto administrativo o un recurso por abstención o carencia como el de autos, que se tramitan por el mismo procedimiento, la Ley exige expresamente el emplazamiento de los terceros interesados, mediante la publicación del respectivo cartel, “*para que se den por citados*”.

En efecto, en sentencia N° 00897 del 18 de junio de 2003, esta Sala -como lo había hecho en anteriores oportunidades- precisó lo siguiente:

“(...) en el proceso contencioso-administrativo de nulidad de actos administrativos, sean estos de efectos particulares o generales, aunque no existe la citación de las partes para la contestación de la demanda, si se verifica, en cambio, el llamado de todas las partes interesadas en la declaratoria sobre la legalidad del acto impugnado, con el fin de que expongan lo que estimen conveniente en cuanto al recurso intentado, lo cual sucede con la publicación del cartel que se ordena expedir en el auto de admisión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (...)”.

Al respecto cabe destacar, que si bien es cierto que en el procedimiento del recurso por abstención o carencia, que es el mismo para la nulidad de actos de efectos particulares, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela no previó la contestación de la demanda, en el aparte 11 del artículo 21 se ordena que se practi-

que la citación del representante del organismo que haya dictado el acto, del Fiscal General de la República y del Procurador General de la República, así como la citación de los terceros mediante cartel, como antes se refirió.

Por lo tanto, para que proceda la acumulación a tenor de lo dispuesto en el quinto supuesto del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, habrá que esperar que conste en autos, no sólo la citación de los referidos funcionarios, sino atender igualmente a la consignación del cartel de citación de los terceros interesados.

Esta Sala advierte que en el expediente N° 2007-1133 el cartel de emplazamiento fue emitido el 12 de junio de 2008, siendo consignada su publicación el día 19 siguiente. Por su parte, en el presente expediente N° 2008-0058, dicho cartel fue librado el 22 de julio de 2008, y consignada su publicación el 23 de ese mismo mes y año. Siendo ello así, no habría, por ese motivo, obstáculo para la procedencia de la acumulación.

Por otra parte, con relación a la identidad subjetiva o la coincidencia de las partes, observa la Sala que en los dos juicios los sujetos involucrados son los mismos, de un lado, la sociedad mercantil Corpomedios GV Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN), y del otro, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En cuanto a la pretensión u objeto, constata la Sala que -tal y como lo alegó la representación judicial de CONATEL- cada proceso instaurado contiene pretensiones distintas, a saber, en lo que respecta a la presente causa (2008-0058), el objeto del recurso por abstención o carencia está dirigido a denunciar la omisión del órgano administrativo de *“no cumplir con la obligación que le impone el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de elaborar el informe correspondiente para que el Ministerio de Infraestructura se pronuncie sobre el otorgamiento (...) de la concesión de radiodifusión para la prestación de sus servicios en la zona de Cabimas, Estado Zulia”*; mientras que la causa contenida en el expediente judicial N° 2007-1133, tiene por objeto denunciar la omisión de dicho órgano administrativo de dar respuesta a la solicitud de habilitación especial en la zona de Caracas para enlaces Punto a Punto con equipos de microondas portátiles en la banda de 12 Ghz., conforme al artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.

Lo anterior denota que si bien ambas causas se refieren a las supuestas omisiones en las que ha incurrido la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, cada una de ellas está determinada a que se emitan pronunciamientos diferentes y, en razón de ello, no puede afirmarse que se haya producido entre ambas causas una identidad objetiva, tal y como lo ha advertido esta Sala en otras oportunidades. (*Vid.* sentencia N° 01079 del 25 de septiembre de 2008).

Por último, en lo relativo al requisito de identidad en la *causa petendi* o título que da origen a las acciones objeto de estudio, considera esta Sala que tampoco existe correspondencia sobre este particular, por cuanto las solicitudes formuladas por la actora que dieron origen a las supuestas omisiones en las que incurrió CONATEL, están reguladas y deben tramitarse por instrumentos jurídicos diferentes, esto es, el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.

Por consiguiente, constatado que no existe entre ambas causas la identidad requerida por la ley entre los señalados elementos de la acción procesal, concluye esta Sala que no es procedente la acumulación solicitada por la empresa recurrente en el caso de autos. Así se declara.

C. *Admisibilidad: Documentos fundamentales*

TSJ-SPA (1274)

22-11-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Liliana Hernández, Ramón José Medina y otros vs. Directorio del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (FIEM)

El examen de la admisibilidad o no de un recurso de nulidad –como en general de cualquier otro tipo de demanda- supone constatar que existe una situación fáctica concreta que puede ser, en el momento de su planteamiento, tutelada por el Derecho a través del órgano jurisdiccional; y cuando la aludida norma exige que se acompañe la documentación necesaria para verificar esa admisibilidad, lo que pretende es que se acompañe al escrito recursivo la información necesaria para acreditar o reflejar, esencialmente, en qué consiste la actuación impugnada que fuera descrita en aquél y a quién se le atribuye (con lo cual se establecerá lo concerniente a la competencia), así como cuándo se produjo (a fin de examinar la caducidad).

Sostiene la Fiscal del Ministerio Público que el presente recurso no debió admitirse por cuanto los recurrentes no acompañaron los documentos indispensables para verificar si la acción resultaba admisible, precisando en torno a ello que los documentos consignados en copias prueban “(...) *es una transferencia, más no la legalidad o no de la misma*”. (sic).

Al respecto, debe destacarse que la norma invocada por la representación fiscal para soportar el aludido argumento (artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela), establece que “*Se declarará inadmisibile la demanda, solicitud o recurso (...) cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible*”.

Aprecia entonces esta Sala que la representación fiscal confunde los elementos para acreditar la admisibilidad del recurso con aquellos necesarios o pertinentes para comprobar su procedencia, por cuanto soporta la alegada inadmisibilidad en la circunstancia de no haber sido acompañados al libelo los documentos que demuestran la ilegalidad de la transferencia hecha por el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica al Ejecutivo Nacional.

Así, es de advertir que el examen de la admisibilidad o no de un recurso de nulidad - como en general de cualquier otro tipo de demanda- supone constatar que existe una situación fáctica concreta que puede ser, en el momento de su planteamiento, tutelada por el Derecho a través del órgano jurisdiccional; y cuando la aludida norma exige que se acompañe la documentación necesaria para verificar esa admisibilidad, lo que pretende es que se acompañe al escrito recursivo la información necesaria para acreditar o reflejar, esencialmente, en qué consiste la actuación impugnada que fuera descrita en aquél y a quién se le atribuye (con lo cual se establecerá lo concerniente a la competencia), así como cuándo se produjo (a fin de examinar la caducidad).

La aportación de tales datos normalmente se satisfacen con la consignación del acto recurrido (en original o copia, pues en este segundo supuesto podrá ser solicitado con los antecedentes administrativos), o, de ser el caso, con la indicación de los datos de la Gaceta u otro instrumento de publicación en el que aquél se hubiere inscrito.

Ahora, los elementos que obviamente tiene el actor la carga de consignar para determinar si la actuación administrativa cuestionada adolece de algún vicio que acarree su nulidad, se refieren a la procedencia de su pretensión y no a la admisibilidad del recurso, de allí que puedan ser acompañados con posterioridad a su interposición o más propiamente, dentro de la fase probatoria.

D. *Pruebas. Vicio de silencio de pruebas*

CSCA

2-12-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Angelica María Sanchez Linares vs. Instituto Autónomo de Policía del Municipio el Hatillo del Estado Miranda.

Sólo podrá hablarse del vicio de silencio de pruebas, cuando el Juez en su decisión ignore por completo algún medio de prueba cursante en los autos, sin atribuirle sentido o peso específico de ningún tipo y quede demostrado que dicho medio probatorio podría afectar el resultado del juicio.

Dicho lo anterior este Órgano Jurisdiccional observa que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, prevé de manera expresa que los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre el criterio del Juez respecto de ellas, para decidir conforme a lo alegado y probado, según lo dispuesto en el artículo 12 *eiusdem*.

De esta manera, se le impone al juez la obligación de examinar todas las pruebas aportadas a los autos para valorarlas, ello con la finalidad de evitar incurrir en el vicio de inmotivación por silencio de pruebas, el cual tiene lugar cuando:

1. El sentenciador omite en forma absoluta toda consideración sobre un elemento probatorio, o sea, cuando silencia la prueba totalmente; y
2. El sentenciador, a pesar de haber señalado la prueba no la analiza, contrariando el imperativo establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la cual el examen se impone así la prueba sea inocua, ilegal o impertinente, pues justamente a esa calificación no puede llegar el Juez si previamente no emite su juicio de valoración.

Por otra parte, debe esta Corte destacar que el Juez no debe limitarse a examinar sólo algunas de las pruebas para fundamentar su decisión y silenciar otras, pues no solamente se incurre en el vicio de silencio de pruebas cuando el sentenciador omite toda referencia y apreciación de la prueba, sino cuando aún mencionándola, se abstiene de analizarla para atribuirle el mérito que puede tener de acuerdo a la Ley, y su omisión es determinante para las resultas del proceso.

Así las cosas, el silencio de pruebas, como vicio censurado de manera expresa en el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se configura cuando el juzgador, aún haciendo mención de ella, deja de realizar el debido análisis sobre alguna de las probanzas que hayan sido aportadas al litigio por las partes, examen al que lo constriñe el expreso mandato contenido en la norma procesal establecida en el artículo 509 *eiusdem*.

De manera que, la consecuencia del silencio de pruebas por parte del juzgador es un fallo con ausencia de motivos que lo fundamenten, bien de hecho o de derecho, infracción que acarrea, indefectiblemente, la nulidad de la sentencia que lo contiene, en razón de que dicho

pronunciamiento judicial no está apegado a la legalidad, dejando por ende, a las partes del proceso sin protección contra el arbitrio del juzgador, razón por la cual el examen de las pruebas es un elemento integrante de la motivación que el juez debe expresar en su decisión.

Visto lo anterior, cabe destacar que el silencio de pruebas, al constituir un error de juzgamiento, trae consigo que éste deba tener influencia sobre la suerte de la controversia, así pues, desde luego el apelante no puede plantear su denuncia sino demuestra que un medio probatorio en específico tiene una influencia inmediata y determinante sobre el dispositivo, hasta el punto de que su análisis por parte del Juzgador de la primera instancia hubiera arrojado un dispositivo totalmente distinto al apelado. De tal manera que si se pretende denunciar como silenciada una prueba que sólo demuestra hechos periféricos, mal podría dicha denuncia prosperar, evitándose con este criterio que se revoquen fallos por omisiones de valoraciones de pruebas que resultan irrelevantes a los efectos del tema a decidir (*Vid.* sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 433 del 29 de marzo de 2001).

En este orden de ideas, esta Corte considera que no siempre el vicio de silencio de pruebas acarrea una violación al deber de pronunciamiento del Juez, así como a los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, sino que sólo se produce cuando los medios de prueba objeto del silencio sean fundamentales para que el juez falle en torno a la pretensión que hubiere sido deducida (*Vid.* sentencia N° 382 de fecha 1° de abril de 2005, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). (Negrillas de esta Corte)

Ello así, es preciso para esta Alzada señalar que sólo podrá hablarse del vicio de silencio de pruebas, cuando el Juez en su decisión ignore por completo algún medio de prueba cursante en los autos, sin atribuirle sentido o peso específico de ningún tipo y quede demostrado que dicho medio probatorio podría afectar el resultado del juicio (*Vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1507 del 8 de junio de 2006, caso: *Edmundo José Peña Soledad*). (Negrillas de esta Corte)

E. *Sentencia*

a. *Ampliación*

TSJ-SPA (1497)

26-11-2008

Magistrado Ponente Hadel Mostafá Paolini

Caso: AGALOPE TRANSPORTE, C.A., vs. Ministro del Trabajo (hoy Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social).

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente sobre la tempestividad de la petición formulada, para lo cual resulta necesario señalar que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 252: *Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.*

Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes el día de la publicación o en el siguiente.” (Resaltado de la Sala).

Con fundamento en la norma *supra* transcrita, este tipo de solicitud exige por parte del juzgador un análisis respecto de la oportunidad en la cual alguna de las partes la requirió, debiendo entenderse por ésta “*el día de la publicación o el día siguiente*”; sin embargo, esta

Sala del Alto Tribunal, con relación al lapso procesal del cual disponen las partes para solicitar las aclaratorias y ampliaciones del fallo, ha establecido que el mismo debe preservar el derecho al debido proceso y a una justicia transparente, consagrados en la vigente Constitución, y no constituir por su extrema brevedad, un menoscabo al ejercicio de dicho derecho. Así, en cuanto al lapso en referencia se estableció:

“(…) Examinada la norma bajo análisis se observa que en un sistema fundamentalmente escrito como el nuestro, y limitadas las presentes consideraciones a los procesos seguidos ante esta Sala, y a los supuestos contenidos en la norma considerada, la misma carece de racionalidad en virtud de que no encontramos elemento de tal naturaleza que justificando la extrema brevedad del lapso, no implique un menoscabo del contenido esencial a solicitar el derecho a una justicia transparente, en comparación con supuestos de gravedad similares como es el caso de la apelación y, siendo así esta Sala, en el presente caso, considera necesario aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales sobre el debido proceso relativas a la razonabilidad de los lapsos con relación a la norma del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil y, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, dispone en forma conducente, con efectos ex nunc, que el lapso para oír la solicitud de aclaratoria formulada es igual al lapso de apelación del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, salvo que la ley establezca un lapso especial para la misma en los supuestos de los actos a que se refiere el artículo 252 eiusdem ...”. (Vid. sentencia N° 00124 del 13 de febrero de 2001, caso: Olimpia Tours and Travel C.A.).

Aplicando el anterior criterio al caso bajo análisis, se observa que la decisión cuya “aclaratoria” se pretende fue publicada el 30 de julio de 2008 fuera del lapso legalmente establecido, razón por la cual en fecha 7 de agosto de este año se libraron oficios de notificación dirigidos a la sociedad mercantil Agalope Transporte, C.A., a la Procuradora General de la República y al Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social.

Posteriormente, el 15 de octubre de 2008, el Alguacil de esta Sala dejó constancia en autos de las notificaciones efectuadas a la empresa accionante y al Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, luego de lo cual, el 16 del mismo mes y año, el abogado Argimiro Sira Medina, actuando con el carácter de apoderado judicial de los trabajadores de la empresa recurrente, solicitó “aclaratoria” del fallo dictado por esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora, si bien la mencionada solicitud fue formulada con anterioridad a que el Alguacil dejara constancia en autos el 24 de octubre de 2008 de la notificación practicada a la Procuradora General de la República, lo cual conllevaría a considerarla extemporánea por anticipada, lo cierto es que con relación al ejercicio prematuro de los recursos también esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades afirmando que su interposición antes de tiempo no genera consecuencia negativa alguna (Vid., sentencias N° 04903 de fecha 13 de julio de 2005 y N° 2302 del 24 de octubre de 2006).

Siendo ello así, aunado a que en fecha posterior (30/10/08) y dentro del lapso establecido el mencionado profesional del derecho ratificó su solicitud, debe considerarse como presentada tempestivamente. Así se declara.

Determinado lo anterior, resulta preciso distinguir que la aclaratoria tiene por objeto disipar alguna duda o explicar algún concepto o expresión oscuro que haya quedado de la sentencia, mientras que la ampliación de la sentencia es un pronunciamiento complementario que hace el juez, a petición de parte, sobre algún punto esencial del pleito que hubiere omitido en su sentencia. Este último constituye un recurso de naturaleza extraordinario, que tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, añadiendo los aspectos omitidos de ella.

En el caso bajo examen el abogado Argimiro Sira Medina, actuando con el carácter de apoderado judicial de los ciudadanos Francisco José Tapia, Antonio González Vásquez, Francisco Meléndez Blanco, Efrén Alberto Jiménez Requena, Freddy Antonio Rodríguez, Roberto Antonio Montenegro, Fredy Esteban Capote Hernández, Samuel Darío Pavón Gutiérrez, Leopoldo Sánchez Sánchez y Luis Hernández Infante, solicitó “*aclaratoria*” del fallo dictado por esta Sala en fecha 30 de julio de 2008, para que se pronuncie sobre “*los salarios caídos que prevé la ley cuando se produce un despido injustificado*”.

Lo anterior denota que la pretensión planteada por el apoderado judicial de los trabajadores mencionados no se contrae a una aclaratoria, sino a una ampliación del fallo o complemento de aquél, a través de un pronunciamiento sobre cuestiones que, a su juicio, no fueron señaladas en la sentencia.

Ahora bien, la decisión cuya ampliación se solicita declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con solicitud de suspensión de efectos por la representación judicial de la sociedad mercantil Agalope Transporte, C.A., contra la Resolución N° 0725 de fecha 4 de julio de 2000, dictada por el Ministro del Trabajo (hoy Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social), que consideró procedente la solicitud de suspensión de despido masivo incoada por los prenombrados trabajadores. En efecto, se observa que existe absoluta concordancia entre los alegatos presentados por la mencionada empresa y las soluciones jurídicas desarrolladas por la Sala en su fallo.

Así, el aspecto sobre el cual versa la solicitud de autos excede del *thema decidendum* que en el presente caso quedó delimitado con los argumentos y peticiones expuestos en el recurso contencioso-administrativo de nulidad, razón por la cual no puede esta Sala emitir un pronunciamiento sobre un aspecto que no fue motivo de controversia en el juicio, por cuanto a través de la ampliación de la sentencia si bien puede extenderse un punto determinado en el fallo, ello no significa que pueda versar sobre asuntos no planteados en el recurso o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.

De tal manera que le estaba vedado a esta Sala pronunciarse con relación al pago de los salarios de los trabajadores. No obstante, valga precisar que al haber quedado firme el acto impugnado, corresponderá a la autoridad administrativa de la cual emanó, ejecutarlo a través de los mecanismos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico, en virtud del principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, lo cual no obsta para que los interesados puedan solicitar su ejecución ante esa misma autoridad.

Por lo expuesto debe la Sala declarar la improcedencia de la ampliación solicitada. Así se declara.

b. *Condenatoria en costas: Exención a la República y otros entes públicos*

TSJ-SC (1582)

21-10-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Jorge Neher Álvarez y Hernando Díaz Candía

No constituye una desigualdad injustificada, el que la República y otros entes gocen del privilegio de la exención de condena en costas, y en cambio si puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos, por lo que la Sala abandona el criterio sentado en sentencia N° 172 del 18 de febrero de 2004, caso: *Alexandra Margarita Stelling Fernández*.

...3.2.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 10 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA HACIENDA PÚBLICA NACIONAL, ARTÍCULO 76 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DE LA ÚLTIMA FRASE DEL 287 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

El artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional señala:

“En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aún cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos.”

El artículo 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece:

“La República no puede ser condenada en costas, aun cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos.”

Por último, la previsión del artículo 287 del Código de Procedimiento Civil es la siguiente:

“Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación”. (Subrayado de la Sala).

Denunciaron los accionantes que la prohibición de condenar en costas a la República, que contienen las disposiciones normativas impugnadas, impide la realización del objetivo que persigue tal figura, como lo es el resarcimiento a la parte victoriosa que se vio forzada a accionar ante un juez para obtención de reconocimiento de su derecho, por lo que consideran que dicha prohibición obstaculiza injustificadamente el acceso a la justicia y atenta contra el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Precisa la Sala que el concepto de costas procesales constituye un instituto de carácter procesal y, por tanto, implícito en cualquier tipo de proceso, aún en los contencioso administrativos, que suponen la participación, en la relación procesal de la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones.

Consiste la noción de costas procesales en el conjunto de gastos necesarios que las partes deben realizar dentro del litigio, y con ocasión de él, para su consecución. Por otro lado, la condena a su pago está referida a una declaración del juez, constitutiva de una condena accesoria que contenga la sentencia, que ordena a una de las partes sufragar aquellos gastos (la parte vencida totalmente, en nuestro sistema de derecho común, artículo 274 del Código de Procedimiento Civil); en tanto que, la exención de costas es la imposibilidad de condenar a dicho pago; exoneración en la que consiste la prerrogativa procesal de la que goza la República, objeto de la presente impugnación.

Dejó establecido la Sala en la sentencia N° 2361/02, lo que a continuación se transcribe:

“[d]e la lectura concordada de los artículos 286 del Código de Procedimiento Civil y de la Ley de Arancel Judicial, en los artículos que aún están vigentes se pueden separar diafanamente dentro de la condena en costas dos elementos que la componen. Uno: los gastos judiciales, los cuales algunos autores llaman costos del proceso, y que deben ser objeto de tasación por el Secretario dentro del proceso (Art. 33 de la Ley de Arancel Judicial). Entre éstos están los honorarios y gastos de los expertos. Dos: los honorarios de abogados (apoderados judiciales de la parte contraria gananciosa en el proceso), los cuales no podrán exceder del 30% del valor de lo litigado.

Se trata de dos componentes distintos, los costos tienen como correctivo lo establecido en la Ley de Arancel Judicial. Los honorarios la retasa. Los costos pueden exceder del 30 % del valor de lo litigado, los honorarios no. Ahora bien, con relación a los honorarios de los expertos, cuando éstos son médicos, ingenieros, intérpretes, contadores, agrimensores o expertos análogos, la mencionada Ley de Arancel Judicial establecen cómo se calcularán los mismos (arts. 54 y siguientes de la Ley de Arancel Judicial), no quedando su fijación al libre criterio del juez (pues éste no sólo debe oír previamente la opinión de los expertos, sino tomar en cuenta la tarifa de los honorarios aprobados por los respectivos Colegios de Profesionales y puede, si así lo estimare conveniente, asesorarse por personas entendidas en la materia), y menos (sic) que sean fijados en un tanto por ciento de lo que arroje la experticia si se tratara de determinar sumas de dinero, ya que el perito no es socio de la parte gananciosa, sino una persona que cobra por el trabajo que se le asigna, el cual puede ser muy sencillo.”

La ley ha dispuesto dos sistemas para la imposición de las costas, cuya aplicación varía en función de la naturaleza de los sujetos que intervienen en el proceso. Tales sistemas -según la doctrina- han sido denominados objetivo y subjetivo. El primero, que acogió el Código de Procedimiento Civil, se aplica, en general, a las personas de derecho común e impone objetivamente las costas, con independencia de toda apreciación del juez respecto a la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, según lo dispone el artículo 274 *eiusdem*; a cada parte con respecto de las costas de la contraria, si hubiere vencimiento recíproco, en virtud de lo que preceptúa el artículo 275 del mismo Código; a la parte que hubiere empleado un medio de ataque o de defensa sin éxito, las costas producidas por tal actuación, aunque resulte vencedora en la causa (artículo 276); a los litisconsortes, en partes iguales o según la participación que tengan en la causa, si es que es diferente (artículo 278), solidariamente, si son condenados en su calidad de deudores solidarios (artículo 279), e individualmente por los medios de ataque o defensa que no ejerzan en común (artículo 280); a quien haya apelado de una sentencia que resulte confirmada en todas sus partes (artículo 281); etc.

Por otra parte, el segundo sistema -subjetivo- está dispuesto en nuestra legislación, esencialmente en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en los dispositivos de los artículos 218 del Código Orgánico Tributario y 105 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como en el Código Orgánico Procesal Penal, estos últimos aplicables a las personas jurídicas públicas. Se caracterizan por la potestad que se le concede al juez de apreciar las circunstancias de cada caso, para que decida si proceden o no las costas contra el vencido y en la proporción que estime justa.

En relación con la constitucionalidad del sistema objetivo de condenatoria en costas que establece el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, se pronunció esta Sala en sentencia N° 2801 del 7 de diciembre de 2004, caso: *Luis Fraga Pittaluga y otros*, en la que estableció:

“El Título VI del Código de Procedimiento Civil de 1987 regula los efectos del proceso, los cuales son, fundamentalmente, dos: el efecto jurídico-procesal, que no es otro que la cosa juzgada, y el efecto económico, relativo al régimen de las costas procesales.

Y es que, en efecto, todo proceso judicial genera directamente una serie de gastos o inversiones de carácter económico. Dentro de ese cúmulo de gastos, se encuadran las costas procesales, las cuales define la doctrina como «aquella porción de los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata o directa de su producción» (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II, versión revisada y adaptada por Pedro Aragonese, cuarta edición, Civi-

tas, Madrid, 1998, p. 555). De manera que las costas procesales se caracterizan por dos notas: (i) son el gasto originado directamente en el proceso, (ii) cuyo pago recae sobre las partes en juicio. En consecuencia, y como apunta la misma autorizada doctrina que se citó, los gastos indirectamente ocasionados por el proceso judicial (*Vgr.* los daños y perjuicios sufridos por una de las partes) no pueden ser incluidos dentro del pago de las costas, sin perjuicio de su exigibilidad independiente.

Ahora bien, como norma general, las costas procesales deben ser pagadas por quienes han figurado como partes en el proceso; en concreto, por la parte que origina o es causa de las mismas por su actividad en el juicio; de manera que, en principio, cada parte paga sus costas, pues normalmente es cada una de ellas la que las ha originado.

No obstante, y por cuanto esa solución podría conllevar a situaciones injustas y a pago de lo indebido, el ordenamiento jurídico procesal establece la figura de la condena en costas, que es «la imposición en una resolución judicial, a determinada persona, del pago de ciertos gastos procesales que, sin dicha imposición, el condenado no tendría obligación de satisfacer». De manera que tal condena, comprende los gastos de la parte o partes contrarias, incluso de aquellos que ya fueron satisfechos, caso en el cual más que de una obligación de pago se trata de una obligación de reembolso del gasto causado (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *cit.*, p. 559).

Las anteriores consideraciones demuestran, por sí solas, la naturaleza jurídica y razón de ser de la condena en costas: se trata de un mecanismo procesal mediante el cual se impone judicialmente la obligación a determinada persona de resarcir los gastos injustamente causados a la parte que tuvo la razón en juicio, aunque aquélla no fuese culpable ni negligente cuando desconoció la pretensión de quien resultó vencedora; mecanismo procesal que, en definitiva, se justifica y sustenta como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para evitar que el proceso cause perjuicios a quien obtuvo la victoria procesal. De manera que la inexistencia de un medio de resarcimiento económico como la condena en costas, implicaría una merma al derecho a la efectividad e integralidad de la tutela judicial que reconoce el artículo 26 del texto constitucional.

Es éste el fundamento del sistema objetivo de condena en costas, propio de los más adelantados ordenamientos jurídico-procesales, y que fue adoptado por el legislador venezolano desde 1987. Sistema objetivo que, en modo alguno, está viciado de inconstitucionalidad, ni constituye una limitación a los derechos que en este juicio se invocaron: a la presunción de inocencia y a la defensa, pues no se fundamenta en un reproche o sanción a la parte totalmente vencida ni, por tanto, pretende limitar económicamente el acceso a la justicia y evitar procesos innecesarios, sino que, por el contrario, es consecuencia de justo resarcimiento económico entre las partes.

Así lo sostiene no sólo la doctrina procesalista española que se citó, sino, además, la doctrina italiana, entre otras muchas, e incluso la venezolana. Señala José Chioventa, con meridiana claridad, que «...el fundamento de esta condena [en costas] es el hecho objetivo de la derrota (*soccombenza*); y la justificación de esta institución encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la que se realiza. Este es el resultado a que lleva el desarrollo del derecho procesal; el cual, en sus orígenes, no tiene condena en las costas sino para los litigantes de mala fe; posteriormente se pasa por un período intermedio en el cual no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (*culpa*) a la condena en costas; después se llega a la condena absoluta». (Chioventa, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, traducción española de José Casais y Santaló, Reus, S.A., Madrid, 2000, pp. 433-434).

Por su parte, observa la Sala cómo la doctrina procesalista venezolana también asumió, sin vacilación, la justificación del sistema objetivo de condena en costas como medio de resarcimiento económico. Entre otros muchos, enseña Aristides Rengel Romberg que «la condena en costas es la condena accesoria que impone el juez a la parte totalmente vencida en un proceso o en una incidencia, de resarcir al vencedor los gastos que le ha causado el proceso». (Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen II, Editorial Arte, cuarta edición, Caracas, 1994, p. 493).

Coherente con las tendencias del Derecho Procesal comparado, la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil de 1987 explica las razones del cambio del sistema de costas del Código que quedaba derogado y, en tal sentido, expresó lo siguiente:

“Una regulación más amplia que la actualmente existente ha sido adoptada en materia de costas, en la cual se han introducido importantes modificaciones.

Se han considerado con detenimiento las consecuencias que se vienen operando en nuestro sistema procesal por el régimen de costas existentes, y ha considerado que no solamente se presta a equivocadas interpretaciones un sistema como el nuestro, que si bien impone las costas a la parte totalmente vencida, permite no obstante, al Juez, eximirlos de ellas, cuando a su juicio hubiere tenido motivos racionales para litigar, sino que además produce frecuentemente graves perjuicios económicos a la parte vencedora, cuyo derecho ha sido absolutamente reconocido en el fallo, y no obstante el Juez exime a la vencida del pago de las costas por encontrar que ha tenido motivos racionales para litigar; lo que además está produciendo un estímulo a la litigiosidad y una eximente de responsabilidad para aquellos que nunca se sienten en disposición de reconocer el derecho de su contradictor» (Destacado añadido).

De manera que la Exposición de Motivos del Código adjetivo de 1987 asumió como propio el sistema objetivo de condena en costas procesales y acogió también la finalidad de dicho sistema, la de evitar que la parte totalmente vencedora sufra injustificadamente perjuicios económicos a causa de su defensa en juicio.

No es cierto lo que alegaron los demandantes, en el sentido de que la Exposición de Motivos demuestre que, con la condena en costas, el legislador venezolano lo que pretende es la sanción a la litigiosidad excesiva y la imposición de responsabilidad «a aquellos que nunca se sienten en disposición de reconocer el derecho de su contradictor», pues, por el contrario, tales afirmaciones, que están contenidas ciertamente en la explicación del legislador, son una afirmación accesoria y complementaria al argumento de que la condena en costas lo que persigue es el resarcimiento de los daños patrimoniales de la parte vencedora, sin que, del contexto de la Exposición de Motivos, se desprenda que el legislador tuvo como finalidad la sanción de esa litigiosidad sin justificación.

En consecuencia, considera esta Sala que la norma que se impugnó, esto es, el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, no se encuentra viciado de la inconstitucionalidad que se denunció, pues lo que impuso es un sistema objetivo de condena en costas cuya naturaleza jurídica es la de un medio de resarcimiento económico por parte de quien resultó totalmente vencido en juicio frente a la contraria, que garantiza la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, y, en modo alguno, puede considerarse como una sanción procesal en la que no se respete la garantía de la culpabilidad, ni que busque el reproche al exceso de demandas infundadas, en detrimento del derecho de acceso a la justicia.

Por tanto, como ese medio de resarcimiento económico puede fundarse en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, en el que resulta irrelevante la culpa del responsable, no constituye violación ni al derecho a la presunción de inocencia ni al derecho a la defensa. De allí que se desestima esta demanda de nulidad. Así se decide”.

En lo que se refiere al privilegio de la República y otros entes públicos de no ser condenados en costas, en sentencia N° 172 del 18 de febrero de 2004, caso: *Alexandra Margarita*

Stelling Fernández, la cual ha sido reiterada, entre otras, en sentencias números 2229/2005; 3613/2005 y 156/2006, esta Sala interpretó, con carácter vinculante los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos siguientes:

“El artículo 21 constitucional, establece la igualdad de las personas ante la ley, lo que quiere decir que a todas las personas, sean naturales o jurídicas, se les aplica la ley conforme a lo que ella dispone, por lo que en principio, la ley como conjunto normativo que ordena conductas, puede crear situaciones disímiles para las personas y por tanto otorgar derechos privativos a determinadas personas y no a otras que se encuentran en desigual condición.

Pero dentro de esa situación, la vigente Constitución prohíbe la discriminación a las personas, fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o 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.

Estas condiciones de igualdad para que se ejerzan los derechos, se encuentra reconocida en el proceso en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, aunque allí se acepta la existencia de derechos privativos a cada parte debido a su posición en el proceso, siendo ello una forma de igualdad, al reconocer que debido a la diversa posición que por su naturaleza tiene cada parte, pueda distribuirse entre ellas las cargas, deberes y obligaciones procesales, señalando a las partes cuáles le son específicas.

Esta situación que nace del proceso y que atiende a la posición procesal, que es diferente según el puesto que ocupan en él, permite privilegios procesales a favor de algunos litigantes, los cuales pueden no nacer necesariamente de su condición procesal, sino de razones extra-procesales, tal como sucede con los privilegios fiscales que tiene la República, acordados por distintas leyes. Esos privilegios, indudablemente, no corresponden a raza, sexo o credo y, en principio, no menoscaban los derechos y libertades de las personas.

¿Son tales privilegios discriminaciones provenientes de la condición social? Ni la República, ni los entes públicos son personas jurídicas con condición social. Éste es un concepto derivado del puesto que ocupan las personas en la sociedad, pero ni a la República ni a los demás entes jurídico-públicos puede reconocérsele una posición social, ya que ellos están por encima de la sociedad, resultando más bien –en cierta forma– rectores de la sociedad.

La condición social está referida a los seres humanos, y al puesto que ocupan en la sociedad, pero no a las personas jurídicas o a los entes morales. Por ello la Sala concluye que los privilegios de la República o de los entes públicos, en principio, no están prohibidos por el artículo 21 citado, a menos que, injustificadamente, anulen derechos de las personas que, en un mismo plano previsto por la ley y que presupone igualdad, se relacionen con ella.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto la Sala apunta, que los privilegios procesales deben responder a la necesidad de protección de quien goza de ellos, ya que debido a la importancia de la función que cumplen, requieren no ser disminuidos o debilitados; por ello existen privilegios –por ejemplo– a favor de los diplomáticos, de algunos funcionarios públicos a quienes se les preserva en el cumplimiento de la función, así como a algunos entes públicos a fin que no se debiliten y puedan adelantar sus actividades sin cortapisas.

Esto último –por ejemplo– justifica la inembargabilidad de algunos bienes, tanto públicos como privados, o la protección que se presta a ciertas personas o sectores sociales que son considerados por la ley como partes de una relación desigual, a fin de equiparárseles. La necesidad de protección, la finalidad de evitar el debilitamiento o el menoscabo de aquellas personas (físicas o jurídicas) que prestan servicios al país o al colectivo, o que se encuentran

en posición de débiles jurídicos, justifica el privilegio, pero resulta odioso y es una forma de fomentar la desigualdad, el que en materias donde no hay perjuicio para la República o los entes que la conforman y, por lo tanto, no es necesario protegerlos, se otorguen privilegios y se desequilibren a las personas en sus relaciones con el Estado o sus entes.

Por ello, se hace necesario analizar lo referente a la situación de las costas procesales.

Las normas sobre la condena en costas, se encuentran en el Código de Procedimiento Civil, cuando el artículo 287 *eiusdem* reza: «Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación».

El principio es que los entes públicos pueden ser condenados en costas, y así mismo la contraparte de estos entes también puede ser condenada, ya que el artículo 774 del Código de Procedimiento Civil, dispone que «[a] la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se le condenará al pago de las costas». Sólo la Nación, la cual se equipara a la República o al Estado, en la terminología legal, no será condenada en costas.

Ello es así, porque tal posibilidad limitaría la defensa de la Nación (República o Estado) al tener que estar pendiente del potencial vencimiento en las demandas que incoare, y con el fin de evitar tal limitación, se exoneró de costas a la nación, a fin de que ejerza las acciones necesarias para la protección de sus bienes y derechos.

(...)

Esta situación, sin embargo, la propia ley puede distenderla, en beneficio de los administrados, al considerar la posible responsabilidad de los entes públicos en relación con perjuicios a los administrados. Por ello, el Código Orgánico Tributario (*G.O.* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), incluso desde su aparición en 1982, atenúa los comentados privilegios fiscales, al disponer, en su artículo 327, lo siguiente:

«Artículo 327. Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, o en los casos en que la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo, el Tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o de la acción que de lugar al juicio ejecutivo, según corresponda. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas.

Cuando, a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo. Asimismo, dichas sentencias indicarán la reparación por los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria.

Los intereses son independientes de las costas pero ellos no correrán durante el tiempo en el que el juicio esté paralizado.

Parágrafo Único: El Tribunal podrá eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia».

Con esta norma, se derogó un privilegio de vieja data del Fisco Nacional, y ello demuestra que la noción de condena en costas obedece a circunstancias coyunturales que tomó en cuenta el legislador y a las cuales ya se refirió este fallo. Siendo ello así, a juicio de esta Sala, es una desigualdad injustificable, que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas y, en cambio, sí puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos.

Al contrario de lo señalado, tal posibilidad de condena en costas de los particulares, viene a constituir una traba al ejercicio de su derecho contra la República o los entes públicos con tal privilegio, y esa posibilidad obra como una fórmula disuasiva, en perjuicio del derecho de defensa de las partes (artículo 49 constitucional) e indirectamente en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia (artículo 26 constitucional).

(...)

Por estos motivos, la Sala interpreta que cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenados en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra”. (Resaltado añadido)

En la decisión parcialmente transcrita se consideró que la ausencia de condenatoria en costas como privilegio procesal implicaba, para los particulares que litiguen en contra de la República y demás entes públicos privilegiados, una merma a los derechos constitucionales a la igualdad y tutela judicial efectiva establecidos en los artículos 21 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que el mismo constituye una desigualdad injustificable, criterio éste que la Sala considera necesario revisar.

En efecto, el artículo 21, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no sólo prohíbe las discriminaciones fundadas en la raza, sexo, credo o condición social, ciertamente referidas exclusivamente a los seres humanos, sino que tal prohibición se extiende además a cualquier forma de discriminación que, en general, tenga 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, sin distinción alguna entre personas naturales y jurídicas, o personas de derecho público o de derecho privado.

Así, nuestro Texto Fundamental reconoce en sus artículos 2 y 21 al principio de igualdad, como un “elemento rector de todo el ordenamiento jurídico,” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial, 2000, p. 289), es decir, como “un valor inserto en nuestro Ordenamiento, que se traduce en un principio general, el cual a su vez se concreta como derecho subjetivo que afecta a todos los derechos constitucionales, y como obligación de los poderes públicos de hacerla real allí donde no surja de forma espontánea” (Isidre Molas, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 1998, p. 299). 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.

En este contexto, García Morillo afirma (*Derecho Constitucional*, 2000, p. 174), que es un derecho prototípicamente relacional, por cuanto antes de concebirlo de manera autónoma, se observa conjuntamente con otro derecho o en una determinada situación material, es decir, “no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con – esto es en la regulación, ejecución o aplicación, ejercicio, etc.- el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por solo poner unos ejemplos” (García Morillo, *ob. Cit.*, p. 174).

En efecto, el derecho a la igualdad “no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que difícilmente puede materializarse en abstracto” (Isidre Molas, *ob. Cit.*, p. 299), es decir, que aparece adminiculado con otros derechos, concretándose siempre en una situación material determinada. Este derecho, ha ido “superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley o en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al

admitirse las leyes singulares o sectoriales –con destinatarios individuales o grupales concretos–, las leyes temporales –cuya validez se persigue solo durante una época concreta– y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 172).

Tal fenómeno no es injustificado, pues viene determinado por la constatación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la de 1999, imponen a los Poderes Públicos de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Estas circunstancias, aunadas a la complejidad de la sociedad moderna y al carácter social del Estado venezolano, explican que un gran número de normas otorguen, hoy, tratamiento diferente a supuestos de hecho que se entienden distintos.

Actualmente, la igualdad se constituye en una situación jurídica de poder, que permite la “reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. No se trata ya de que éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos, y reaccional, que permite a los particulares reaccionar frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias” (García Morillo, *ob. Cit.*, p. 173).

De este modo, “la igualdad jurídica no implica un trato igual en todos los casos con abstracción de los elementos diferenciadores. Se prohíbe la discriminación, pero no toda desigualdad es una discriminación. Se prohíben las normaciones <<no justificadas>> (es decir arbitrarias o discriminatorias), pero no las normaciones diferenciadas, si corresponden a supuestos de hecho diferentes” (Isidre Molas, *ob. Cit.*, p. 301). A mayor abundamiento, los dos corolarios de la noción de igualdad: a) no asimilan a los distintos y b) no establecen diferencias entre los iguales.

En este mismo sentido, el referido autor sostiene, que “la igualdad no exige tratar de manera igual situaciones diferentes” (Isidre Molas, *ob. Cit.*, p. 301), sino, que prohíbe la discriminación, que consiste en la diferenciación “que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). El motivo de la discriminación es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.” (Bilbao, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, 1997, p. 398). Al respecto, esta Sala en sentencia N° 266 del 17 de febrero de 2006, dictada en el caso *José Gómez Cordero* señaló:

“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.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*Vid.* Gui Mori, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional Íntegra 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,’ como se dijo *ut supra*”.

Con ello, no cualquier trato desigual resulta discriminatorio, pues sólo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables. En efecto, “la igualdad constitucional no

prohíbe que el legislador diferencie. Si lo hiciera, el legislador no podría hacer nada. No se aprobaría ni una sola ley. Lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial, 2000, p. 311). 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.

Sobre este particular, se pronunció la Sala en sentencia N° 165, del 2 de marzo de 2005, dictada en el caso Julián Isaías Rodríguez, estableciendo que “es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales.”

Desde esta perspectiva, lo que conculcaría el derecho a la igualdad ante la ley, es la creación de distinciones carentes de fundamento y, por tanto, arbitrarias, porque el factor diferencial no resulte necesario para la protección de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el privilegio procesal de la República y de otros entes públicos, relativo a la exención de la condena en costas ha sido establecido por el Legislador en uso de su amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales, ello, mediante el establecimiento de una diferenciación racional que responde a los intereses superiores que tutela el Estado, aun en juicio, como son, la no afectación del servicio e interés público y la protección de sus bienes y derechos, que son, en definitiva expresión del interés general.

Sobre el particular esta Sala ha sostenido que “la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados en el Texto Fundamental, sino además los supremos fines en él perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada del cuerpo constitucional, lo cual implica que la actividad legislativa no conlleva la simple ejecución de los principios constitucionales, sino que, por el contrario, comprende una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales”. (*Vid.* sentencia N° 962/2006, del 09.05, caso: *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.*).

Lo anterior, por si mismo, justifica el aludido privilegio procesal y la diferencia de trato normativo que la ley le otorga, el cual se enlaza con el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa y el servicio de los intereses generales a que éstos responden y, por ello, constituye un fundamento constitucionalmente legítimo.

Así las cosas, a juicio de esta Sala el privilegio en cuestión no es contrario a los artículos 21 y 26 de la Constitución, ya que, el trato diferente obedece a un objetivo constitucionalmente válido, además, el mismo resulta coherente y proporcional con el fin perseguido y la singularización se encuentra perfectamente delimitada en cada una de las leyes que lo establecen. Por consiguiente, la Sala juzga que no constituye una desigualdad injustificada, el que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas, y en cambio si puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos, por lo que la Sala abandona el criterio sentado en sentencia N° 172 del 18 de febrero de 2004, caso: *Alexandra Margarita Stelling Fernández*, de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia de esta (*Vid.* pp. 22 y 23). Así se decide.

Lo expuesto no es aplicable a los procesos de amparos, en los que el Legislador estableció un criterio subjetivo para la condenatoria en costas basado en la temeridad, además de que el artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que cuando el agravante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales, de allí que se ratifica la doctrina de interpretación vinculante que estableció en sentencia N° 2333 del 2 de octubre de 2002, caso: *Fiesta C.A.*, según la cual, indiferentemente de la persona contra la cual obre la pretensión, y con las particularidades dispuestas en la norma que lo estipula, puede ser condenado en costas el perdidoso, bien se trate de entidades públicas o de particulares que hubieren intentado una acción contra aquellas personas públicas.

Con base en lo expuesto, se concluye que las disposiciones que contienen los artículos 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, anteriormente 47, y en la última frase del 287 del Código de Procedimiento Civil, que establecen la prohibición de condena en costas contra la República, no son contrarias a la Constitución, en consecuencia, debe declararse sin lugar la pretensión de nulidad de las referidas disposiciones normativas. Así se declara.

Voto salvado del Magistrado Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, por las siguientes razones:

La decisión declaró sin lugar la demanda de nulidad, que por razones de inconstitucionalidad, se intentó contra los artículos 10 y 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, encabezamiento del artículo 75 y artículo 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, anteriormente artículos 46 y 47 de la Ley derogada, y de la última frase del artículo 287 del Código de Procedimiento Civil.

1. En primer lugar, el fallo que antecede desestimó el alegato de inconstitucionalidad que se sostuvo respecto del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y el artículo 75 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que disponen la prohibición de medidas de embargo preventivo y ejecutivo contra la República.

En este sentido, la mayoría sentenciadora afirmó que no es contraria al Texto Fundamental la prohibición legal de embargo preventivo contra la República porque no hay riesgo de que ésta quede insolvente y, en consecuencia no es indispensable esa medida cautelar. Ahora bien, quien disiente considera que ese criterio de la mayoría podría ser válido cuando la pretensión objeto de la demanda sea una pretensión de condena al pago de sumas de dinero, pero ¿qué sucede cuando se trata de pretensiones de condena a la entrega de un bien mueble concreto, cuyo cumplimiento, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, debe hacerse en especie y no en equivalente? Recuérdese que las pretensiones de condena no se limitan a órdenes de pago de sumas de dinero, sino que pueden constituirse en condenas a un hacer, no hacer o dar un determinado bien. Por tanto, cuando la condena que se pretende en juicio se refiere a la entrega de un bien mueble en concreto, la única manera de asegurar la eficaz ejecución de la sentencia definitiva que estime la pretensión sería a través del embargo preventivo, pues la ejecución en especie de la sentencia es un atributo inherente al derecho a la efectiva ejecución del fallo y sólo cuando exista imposibilidad material o jurídica es cuando debe procederse al cumplimiento por equivalente.

En consecuencia, el salvante sostiene que el veredicto debió declarar que estas medidas preventivas de embargo sí son procedentes, siempre que el bien que se pretenda embargar no sea del dominio público o no esté afectado a un servicio público y siempre que esa sea la

única medida que asegure la eficacia del fallo de condena a la entrega de determinado bien mueble y, evidentemente, en el entendido de que el peticionante haya dado cumplimiento fehaciente a los requisitos de procedencia de esa medida cautelar.

La anterior era, en opinión del disidente, la interpretación constitucionalizante de las normas que se impugnaron, la cual habría permitido preservar su validez, por tanto no anularlas, pero ajustar sus términos al Texto Constitucional y, más concretamente, al derecho a la tutela judicial eficaz frente a la Administración Pública. Valga señalar que, además, es esa la postura que se ha asumido en otras latitudes al resolver el mismo problema interpretativo de las normas legales que establecen la procedencia limitada de medidas preventivas y ejecutivas contra la Administración Pública. Concretamente, nos referimos a la sentencia N° 166/1998 de 15 de julio (reiterada luego en sentencia N° 211/1998 de 27 de octubre) del Tribunal Constitucional Español, quien al realizar idéntico análisis al que hoy sigue esta la Sala, estableció que proceden medidas preventivas y ejecutivas contra los entes públicos pero solo respecto de bienes que no sean del dominio público o afectos a servicios públicos, como modo de mantener el equilibrio debido entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución del fallo, por un lado, y la debida observancia a los intereses generales, por otro.

2. En relación con las consideraciones que realizó la mayoría sentenciadora respecto de la prohibición de embargo contra bienes de la República, el acto decisorio estableció también que “todos aquellos bienes del Estado que sean del dominio público y que estén afectados a un servicio público o al interés general, no son susceptibles de embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva”. No obstante, de seguidas el acto jurisdiccional mayoritario indica que, en consecuencia, ante la inexecución voluntaria de la Administración Pública, habrá que acudir a los mecanismos de demandas patrimoniales contra los entes Públicos para que se pida indemnización frente al incumplimiento administrativo con el deber de ejecución de los actos de juzgamiento que la condenan.

En criterio del salvante, luego de la afirmación de la inconstitucionalidad de las medidas de embargo contra bienes afectos a un servicio público o que sean del dominio público, lo que la Sala debió concluir, por argumento en contrario y de manera clara, es que los bienes que no estén afectos al uso público o a la prestación de servicios públicos sí están sujetos a embargos preventivos y ejecutivos, además de lo cual debió señalar que es esa la interpretación constitucionalizante de la norma, con carácter vinculante.

Asimismo, el disidente no comparte las consideraciones que se realizan en el fallo en el sentido de que, ante el incumplimiento de la Administración Pública con su obligación de ejecución de las sentencias condenatorias en su contra, los particulares cuentan con el la posibilidad de que demanden a la Administración patrimonialmente en razón del daño que le causó su inercia ejecutiva. Es evidente que una nueva demanda para la exigencia de la responsabilidad patrimonial del ente público por el daño que causó la inexecución de un fallo anterior, no es, ni mucho menos, un medio eficaz de ejecución de aquella primera sentencia, y, por tanto, se estaría atentando contra uno de los atributos esenciales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como lo es el derecho a la eficaz ejecución del veredicto. Además, esa demanda patrimonial lograría –eventualmente- el resarcimiento por equivalente del daño que causó aquella falta de ejecución de sentencia, mas no el cumplimiento en especie con la misma, que es también esencial al derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal como afirma el acto jurisdiccional que precede, el juez contencioso administrativo cuenta con la plena potestad para que ejecute y haga ejecutar sus fallos, potestad que efectivamente le otorga la Constitución, como se desprende de la interpretación concordada de sus

artículos 153 y 259. En consecuencia, es inconstitucional la prohibición irrestricta de medidas ejecutivas contra la República, porque implicaría, objetivamente, la negación de la potestad judicial del juez contencioso administrativo de ejecución de sus decisiones y, subjetivamente, sería el cercenamiento de uno de los atributos fundamentales del derecho a la tutela judicial eficaz: el derecho a la efectiva ejecución de la sentencia, en los términos del artículo 26 y 253, primer aparte, de la Constitución.

En consecuencia, en el asunto de autos debió otorgarse una interpretación constitucionalizante de la norma que se impugnó y señalar que la prohibición sólo se refiere al embargo de bienes afectos a un servicio público o que sean de uso público.

3. En tercer lugar, y en lo que se refiere a los artículos 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y de la última frase del artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, que disponen la prohibición de condenatoria al pago de las costas contra la República, tampoco se comparte el criterio de la mayoría sentenciadora en el sentido de que esa proscripción sea conforme al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, el criterio del fallo según el cual “el privilegio procesal (...) relativo a la exención de la condena en costas ha sido establecido por el legislador en uso de su amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales, ello, mediante el establecimiento de una diferenciación racional que responde a los intereses superiores que tutela el estado, aun en juicio, como son, la no afectación del servicio e interés público y la protección de sus bienes y derechos, que son, en definitiva expresión del interés general”, no es jurídicamente sostenible, pues la eventual posibilidad de ser condenado en costas en determinado proceso en modo alguno afectaría la eficaz prestación de los servicios públicos ni la consecución del interés público y, por el contrario, esa condenatoria tendría en el ente público que sea parte procesal un efecto ético o correctivo, pues exigiría, del funcionario público encargado de su defensa judicial, la máxima diligencia en el cumplimiento con sus funciones para evitar esa condena en relación con las costas, lo que sí sería favorable al interés general y sí redundaría en una más eficaz prestación de esa función pública.

De este modo, la misma opinión que mantuvo el accuando afirmó que la República nunca queda insolvente y que el erario público siempre será suficiente para el pago de las condenas judiciales, serviría para sostener que el ente público siempre estará en capacidad de pagar las costas procesales que genere, sin que con ello se afecte el interés general.

En consecuencia, el salvante considera que la Sala debió anular los preceptos que se impugnaron porque resulta inconstitucional la prohibición de condenatoria en costas a la República, desde que ello implica una importante e ilegítima limitación al derecho a la tutela judicial efectiva y, especialmente, al derecho a la igualdad procesal; derechos fundamentales que recogieron los artículos 26 y 21 de la Constitución. Así lo sostuvo el Magistrado disidente en el voto salvado que rindió a la sentencia N° 172/04 de esta misma Sala:

Con tal criterio se olvida la importancia y el fin que la institución de la condena en costas tiene en el Derecho Procesal, la cual busca que quien obtenga la razón en juicio vea económicamente resarcidos los perjuicios que le causó el sostenimiento del proceso. Así lo explica la doctrina procesalista, cuando enseña que la concepción objetiva del la condenatoria en costas, que es la que rige en el ordenamiento procesal venezolano vigente, implica lo siguiente:

“El principio ‘objetivo’ se funda hoy en la consideración de que el derecho debe ser reconocido como si lo fuese al momento de la proposición de la demanda: Todo aquello que fue necesario para su reconocimiento ha concurrido a su disminución y debe ser reintegrado al sujeto de derecho, de modo que éste no sufra detrimento por el juicio. Tiene así la condena en costas, la naturaleza de un ‘resarcimiento’ que tiene lugar cada vez que debe actuarse jurisdiccionalmente un derecho contra alguno; naturaleza que es esencialmente procesal, porque la condena en costas es la consecuencia de la necesidad del proceso y se explica con el principio fundamental de que la sentencia debe actuar la ley como si esto ocurriese al momento mismo de la demanda judicial” (Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen II, Editorial Arte, tercera edición, Caracas, 1992).

De allí, precisamente, que la mayoría sentenciadora considerara que la ausencia de condenatoria en costas implica, para los particulares que litiguen en contra de la República y demás entes públicos privilegiados, una merma al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de acceso a la justicia, pues aún cuando obtengan la razón en juicio, la parte victoriosa cargará injustificadamente con los perjuicios patrimoniales que le causó el seguimiento del proceso; y una merma, también, del derecho a la igualdad, pues si es la parte contraria –el ente público– quien eventualmente obtiene la razón en ese proceso, sí vería satisfecho su derecho al resarcimiento patrimonial con el pago de las costas.

4. En síntesis, el salvante es del criterio que la Sala hacer otorgar una interpretación constitucionalizante a los artículos 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 75 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y establecer, con carácter vinculante, que la prohibición de embargo preventivo y embargo ejecutivo contra la República, que establecen esas normas, sólo se refiere a aquellos bienes que sean afectos a un servicio público o que sean de uso público, no así al resto de los bienes que sí pueden someterse a tales medidas cautelares y ejecutivas, siempre que se cumpla con los requisitos procesales para su procedencia. Asimismo, la Sala debió anular los artículos 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y de la última frase del artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en el argumento de que la prohibición de condenatoria al pago de las costas contra la República es una prerrogativa procesal injustificada y en esa medida contraria al derecho a la defensa y a la tutela judicial eficaz.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

3. *Recurso de Interpretación sobre textos legales: Competencia. Alcance*

TSJ-SPA (1257)

22-10-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz

Caso: Henri Falcón Fuentes (interpretación de los artículos 2, 5, 6, 9, 47 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.)

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de la competencia que le ha sido declinada por la Sala Constitucional, para conocer del recurso de interpretación solicitado, para lo cual observa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 262, la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de las Salas que lo integran. Asimismo, otorga en forma expresa ciertas competencias a sus distintas Salas, las cuales están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas (véase decisión de esta Sala del 17 de enero del año 2000, caso: *José Ramírez Córdoba vs. Consejo Nacional Electoral*).

En este sentido, el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución dispone la atribución del Tribunal Supremo de Justicia para: “*Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley*”. Igualmente, señala que dicha atribución será ejercida por las diversas Salas conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

Así, puede inferirse del citado precepto constitucional que al no indicarse, específicamente, a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo que había adoptado el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

En orden a lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en Sala Constitucional y en Sala Político-Administrativa, en atención a los aludidos numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Constitución, en concordancia con el artículo 262 *eiusdem*, a través de su jurisprudencia venía precisando que “*como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto*”.

Ahora bien, en fecha 20 de mayo de 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.942 de la misma fecha, la cual estableció en su artículo 5 un régimen de competencias que inciden en el funcionamiento de cada una de las Salas que conforman este Máximo Tribunal, en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

El artículo 5 del mencionado Texto Legal, específicamente, el numeral 52, atribuye la competencia de este Tribunal Supremo de Justicia para: “*Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere*”. En tal sentido, el primer aparte del mismo artículo 5 en su parte *in fine* dispone: “*En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida*”.

De lo antes expuesto se concluye, en cuanto al recurso de interpretación, que la Ley que regula las funciones de este Tribunal Supremo de Justicia atiende estrictamente a lo dispuesto en el numeral 6, aparte único del artículo 266 de nuestra Carta Fundamental, y acoge absolutamente la interpretación que del mismo venía haciendo este Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia, es decir, que el recurso de interpretación debe ser conocido por la Sala afín con la materia debatida.

En el caso de autos, se observa que el solicitante interpuso recurso de interpretación de los artículos 2, 5, 6, 9, 47 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, normas que regulan el régimen de competencias, organización, gobierno y administración de los municipios, lo cual reviste carácter afín con las competencias atribuidas a esta Sala Político-Administrativa. En consecuencia, esta Sala acepta la competencia para conocer el recurso de interpretación interpuesto. Así se decide.

4. *El Contencioso Administrativo Especial*A. *Recurso Contencioso Electoral: Legitimación. Intervención de terceros verdaderas partes*

TSJ-SPA (175)

3-11-2008

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Jose Gregorio Muñoz Parra vs. Consejo Nacional Electoral

Previo a cualquier otra consideración, es necesario señalar que esta Sala Electoral, consciente de su obligación constitucional de garantizar una justicia responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas sin formalismos ni reposiciones inútiles, prevista en el artículo 26 de la Carta Magna, así como la tutela judicial efectiva de los justiciables, en especial del candidato Eduardo Lapi, ha considerado pertinente dictar la decisión del recurso en el menor tiempo posible, de conformidad con el artículo 148 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que impone la reducción de los lapsos, con el propósito de que los interesados puedan hacer uso de sus derechos, y así se decide.

Dicho lo anterior, es necesario emitir un pronunciamiento en torno la intervención del ciudadano Eduardo Lapi, por intermedio de su apoderado judicial, el ciudadano Juan Carlos Rodríguez Alfonso, así como también respecto a la intervención de Biagio Pilieri, en su carácter de Coordinador de la organización política Convergencia, quienes pretende participar en este proceso como terceros verdaderas partes. En tal sentido, la Sala Electoral observa que el numeral 3º del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de los artículos 19.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, establece:

“Artículo 370. Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

(...)

3) Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso”.

Sin embargo, cuando la sentencia que recaiga en el proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo, éste será considerado litisconsorte de la parte principal, de conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil.

A propósito de las citadas disposiciones legales, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 04577 del 30 de junio de 2005, reiterando criterios previos (véase a este respecto sentencia del 26 de septiembre de 1991 dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el caso de Rómulo Villavicencio) los cuales han sido acogidos por este órgano judicial, expresó:

“La condición para la procedencia de esta intervención es que el interés que el tercero debe tener, conforme a lo dispuesto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, es un interés jurídico actual, originado bien porque la decisión del proceso influya sobre el complejo de derechos y deberes del interviniente, mejorando o empeorando su situación jurídica o bien porque teme sufrir los reflejos o efectos indirectos de la cosa juzgada.

En el primero de los supuestos mencionados, estamos ante la denominada intervención adhesiva simple y en el segundo de los supuestos estamos ante la denominada intervención litisconsorcial o intervención adhesiva autónoma, según algún sector de la doctrina.

La intervención litisconsorcial ocurre cuando la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, considerándose a éste como litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuestos en el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil. (V. Art. 381 eiusdem).

Por el contrario a lo que ocurre en la intervención litisconsorcial, en la intervención adhesiva simple el tercero no discute un derecho propio, y en consecuencia, no amplía la pretensión del proceso, su función es coadyuvante de una de las partes principales, y se refleja en el hecho de defender un interés ajeno en el conflicto, lo que lo convierte en parte accesoria o secundaria de la principal.

De esta manera el tercero puede intervenir en cualquier estado y grado de la causa del proceso, mediante diligencia o escrito, aun con ocasión de la interposición de algún recurso; asimismo, respecto a sus facultades, el interviniente adhesivo tiene que aceptar la causa en el estado en que se encuentre y está autorizado para hacer valer todos los medios de ataque o defensa admisibles en tal estado de la causa, siempre que sus actos y declaraciones no estén en oposición con los de la parte principal. (Artículos 378 y 379 eiusdem)” (Subrayado de la Sala).

Bajo este contexto, la Sala Electoral observa que el asunto a que se contrae el presente juicio se circunscribe a la impugnación de la candidatura del ciudadano Eduardo Lapi, quien aspira ocupar el cargo de Gobernador del estado Yaracuy con el respaldo de la organización política denominada Convergencia, entre otras. Siendo así, es evidente el interés que tienen en las resultas del proceso, en tanto que la sentencia que recaiga en él producirá efectos en la relación jurídica de los intervinientes. Por esta razón, se admite su intervención como terceros verdaderas partes, de conformidad con los artículos 370, ordinal 3º, 379 y 381 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de los artículos 19.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y así se decide.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Legislador positivo (labor integradora)*

TSJ-SC (1683)

4-11-2008

Magistrado Ponente: Ponencia conjunta

Caso: Defensora del Pueblo (Aclaratoria de la sentencia de Sala Constitucional N° 163 del 28-2-2008).

Justificadas las competencias que el constituyente otorga a la Sala Constitucional que la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional, se estima que su labor como legislador positivo, evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación, también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.

Ahora bien, no obstante el anterior pronunciamiento, visto el alcance general y los efectos *erga omnes* de la decisión objeto de aclaratoria, la cual anuló parcialmente los cardinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, así como el cuestionamiento de

la parte solicitante sobre la extralimitación -a su decir- en el ejercicio de la potestad normativa de esta Sala, “*contraviniendo el Texto Constitucional*”, la misma estima ineluctable realizar las siguientes consideraciones:

Adujo la solicitante de la aclaratoria que nos ocupa, entre otros argumentos que, “*en un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional... procedió a modificar el contenido original de la norma*” y anuló parcialmente el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, declarando que la Defensoría Pública estaría adscrita al Tribunal Supremo de Justicia.

Que la Sala Constitucional extendió su pronunciamiento a la “*modificación de otros dispositivos de ley... [lo que trajo como consecuencia] el ejercicio legislativo que modificó del (sic) artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública. Estos dispositivos son los referentes a la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública*”, lo que justifica -según adujo- “*el desplazamiento de la designación [de dichos funcionarios] hacia la Sala Plena, lo cual en realidad constituiría un acto de naturaleza legislativa*”.

Por lo anterior, entre otros petitorios, solicitó a esta Sala Constitucional que “*aclare el significado y contenido de la denominada ‘incongruencia positiva’ y el alcance de la ‘obviedad’ de su aplicación y subsiguiente anulación que determinó -a la Sala Constitucional- legislar y modificar la redacción de los artículos 11, 12, 13 y 15 numerales 5 y 7 de la misma ley*”.

Al respecto la Sala, a fin de resolver de la manera más loable posible la aclaratoria solicitada, estima menester realizar las siguientes consideraciones:

La jurisdicción constitucional, conforme a la Carta Magna de 1961 -artículo 215- era ejercida por la otrora Corte Suprema de Justicia en pleno, la cual se limitaba al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad siguiendo el modelo de Kelsen, contenido por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Dicho modelo de control concentrado se caracterizaba principalmente, por constituir un sistema especializado, cuyas decisiones son de efectos *erga omnes, ex nunc* y tienen el valor de cosa juzgada.

En efecto, el modelo de justicia constitucional austríaco se caracteriza por ser un sistema abstracto y principal, pues se realiza un examen genérico de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente. Otro rasgo característico de dicho sistema es la especialización respecto del órgano jurisdiccional -tribunal constitucional- que monopoliza el rechazo de la ley y su anulación por contravenir postulados constitucionales. Siendo ello así, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley en estos términos se convierte en un legislador negativo.

Ahora bien, dentro de los cambios más importantes en el ámbito de la justicia constitucional se ubica el control concentrado, el cual si bien no constituye una competencia novedosa en nuestro sistema de control judicial, el órgano al cual corresponde su ejercicio sí resulta del todo innovador. En efecto, la competencia de nulidad de actos estatales, de rango legal, contrarios a la Constitución se ve en gran modo ampliada en la Constitución de 1999, la cual no sólo coloca a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con las atribuciones que anteriormente poseía la Corte en Pleno para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, sino que además de la potestad anulatoria antes referida, le otorga novedosas competencias enmarcadas bajo el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

En este contexto, se le atribuyen a la Sala Constitucional nuevas competencias -artículo 336- las cuales ejerce de manera exclusiva como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, en su labor de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Dada la significativa ampliación de las competencias atribuidas a la Sala Constitucional por el propio Texto Fundamental, la situación de ésta cambió radicalmente en lo que respecta a su competencia anulatoria como un simple legislador negativo, habida cuenta que no podría dicha Sala ejercer su rol como máxima garante del Texto Constitucional si se limita o circunscribe dicha labor únicamente a actuar como un legislador negativo; tampoco podría cumplir con el mandato constitucional de última intérprete de las normas fundamentales, bajo un esquema clásico de la absoluta separación de poderes, que no engrana, en modo alguno, con los valores superiores que propugna la Carta Magna de 1999.

En efecto, ya en la Constitución de 1961 se hizo presente una matización del clásico principio de la separación de poderes bajo los postulados del sistema inglés sostenidos por Montesquieu, cuando en su artículo 118, más que una separación absoluta de poderes se consagraba más bien una “colaboración” entre las distintas ramas del Poder Público.

De tal modo que, ante la existencia de una novedosa jurisdicción constitucional, la conservadora separación absoluta de poderes se plantea de una manera distinta, pues ante un Estado democrático, de Justicia y de Derecho, que propugna como valores superiores, entre otros, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, no resulta acorde ni conveniente una concepción rígida y aislada respecto de la actividad ejercida por cada uno de los poderes públicos; antes por el contrario, no sólo se justifica sino que se hace necesaria la colaboración de los poderes entre sí, propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro, en aras de lograr la tutela efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables.

Por tanto, con ocasión de las nuevas competencias atribuidas a esta Sala en ejercicio de la jurisdicción constitucional, resulta evidente que la misma, más que un legislador negativo en los términos en que se concebía conforme al modelo clásico del control concentrado austríaco que tradicionalmente han ejercido los tribunales o cortes constitucionales, se erige como un legislador positivo, pues la declaratoria de nulidad de una norma por contravenir con la Constitución, ineluctablemente produce un vacío que lejos de garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales más bien haría nugatorio su ejercicio, habida cuenta que si bien se cumpliría con la obligación de los jueces de emitir respuesta a las pretensiones de los justiciables, sólo se aludiría a la eficacia de los órganos jurisdiccionales pero no a su efectividad, pues se consumiría una justicia formal mas no material.

La mayor ilustración de la necesaria labor en el ejercicio de la jurisdicción constitucional de esta Sala no solo como un legislador negativo sino también positivo, la constituye su competencia para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para “*establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección*” (cardinal 7 del citado artículo 336). De tal modo que, si aun en el plazo fijado el órgano legislativo no cumple con sus obligaciones, puede la Sala, conforme al Texto Constitucional, ejercer competencias políticas o legislativas, las cuales resultan temporales hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: “*Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara*”).

De lo anterior, se observa la imposibilidad por parte de esta Sala de obviar la laguna o el vacío ocasionado, no sólo por una declaración de inconstitucionalidad por omisión, sino por la nulidad de una norma por razones de inconstitucionalidad, por cuanto si bien todas las normas constitucionales son eficaces por sí mismas, el vacío ocasionado implica una ausencia de regulación de un postulado fundamental. Por tanto, se precisa que esta labor integradora de la Sala Constitucional más bien resulta plausible, pues no se deja a la deriva la efectividad de un derecho constitucional sino que se cubre la ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio, sin soslayar el carácter provisional de lo decidido en sede constitucional, tal como se apuntó, hasta tanto se produzca la intervención del legislador.

Asimismo, inquiriendo aún más en la legitimidad de la Sala Constitucional en su labor productora e integradora de Derecho, también resulta menester preponderar la vinculación entre la jurisdicción y el Estado, en tanto aquella constituye una de las funciones fundamentales de éste. En efecto, siendo que la soberanía reside en el pueblo, éste la ejerce a través de los órganos del Estado, predeterminados e independientes, los cuales se encuentran en la obligación de responder las peticiones de los ciudadanos haciendo valer sus derechos e intereses.

Ello así, en tanto y en cuanto toda persona tiene el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia -acción- de acuerdo al artículo 26 constitucional, lo que se efectúa a través del proceso, el cual se instituye por mandato constitucional, como el instrumento fundamental de la realización de la justicia -artículo 257- tanto material como formal.

Por tanto, la Constitución de 1999, así como los valores superiores que ésta propugna, exigen la obligación de los órganos jurisdiccionales no sólo de responder a las demandas de los ciudadanos de una manera independiente, responsable y equitativa, entre otros postulados, sino de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, lo que precisa la Sala, constituye suficiente justificación para la legitimidad de su labor en ejercicio de la jurisdicción constitucional, lo cual abarca, tal como se señaló precedentemente, no sólo la declaración por inconstitucionalidad de la omisión a que refiere el cardinal 7 del artículo 336 constitucional, sino también el recurso de interpretación y la nulidad por razones de inconstitucionalidad, en ejercicio del control concentrado en los términos previstos en la propia Constitución de 1999.

Justificadas las competencias que el constituyente otorga a la Sala Constitucional que la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional, se estima que su labor como legislador positivo, evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación, también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.

De conformidad con los argumentos expuestos a lo largo del presente fallo, resulta innegable el replanteamiento del rol de la jurisdicción constitucional en el proceso de producción del derecho, habida cuenta de la legitimidad de la Sala Constitucional en los términos antes referidos, no sólo para anular o rechazar una disposición por colidir con la Constitución sino también para determinar su interpretación vinculante y establecer los lineamientos para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma fundamental o para su aplicación inmediata. Así las cosas, en virtud de las consideraciones ampliamente explanadas, de conformidad con la jurisprudencia que en esta materia ha establecido esta Sala Constitucional, la misma estima que resultan improcedentes los alegatos expuestos por la parte solicitante de la

aclaratoria que nos ocupa, relativos al “*excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por [esta] Sala Constitucional*”, motivo por el cual la aclaratoria solicitada resulta improcedente; y así se declara.

Por último, debe esta Sala precisar que los términos de la presente decisión no juzgan acerca de la constitucionalidad de las normas de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.021 del 22 de septiembre de 2008, en la cual se modificó sustancialmente la ley impugnada a través del recurso de nulidad decidido mediante la sentencia cuya aclaratoria fue solicitada.

B. *Sentencia. Aclaratoria*

TSJ-SC (1683)

4-11-2008

Magistrado Ponente: Ponencia conjunta

Caso: Defensora del Pueblo (Aclaratoria de la sentencia dictada por Sala Constitucional N° 163 del 28-2-2008)

Visto el alcance general y los efectos *erga omnes* de la decisión objeto de aclaratoria, la Sala no aplica de manera restrictiva el lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil para solicitar la aclaratoria, pues ello iría en detrimento de una tutela judicial efectiva y de una justicia responsable y equitativa conforme lo ordena la propia Constitución, respecto de aquellos justiciables que, si bien no se constituyeron en partes en el juicio de nulidad, pudieran advertir puntos dudosos u oscuros sobre su situación que hicieran requerir la aclaratoria solicitada.

Previo a una decisión de fondo, estima ineludible esta Sala emitir un pronunciamiento sobre la tempestividad de la solicitud de aclaratoria. En tal sentido, adujo la solicitante que, “*a pesar de haber transcurrido el término señalado por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente, el mismo no debe ser tomado en cuenta, toda vez que el fallo fue dictado fuera del lapso, conforme lo dispone el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, además por encontrarse involucrado el orden público constitucional y, muy específicamente, las garantías constitucionales previstas en los artículos 26 y 257*” constitucionales, ello con fundamento en la decisión dictada por esta Sala N° 390 del 9 de marzo de 2007.

De la anterior transcripción, resulta obvio el reconocimiento de la solicitante del vencimiento del lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil para pedir aclaratoria de un fallo, motivo por el cual solicitó la inaplicabilidad de dicho lapso, en virtud de estar involucrado el orden público constitucional y las garantías contenidas en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, respecto de la tempestividad de la solicitud de aclaratoria, esta Sala ya ha emitido pronunciamiento en su decisión N° 1278 del 17 de junio de 2005, caso: “*Adriana Vigilancia García y otros, en su condición de representantes del Municipio Maracaibo del Estado Zulia*”, en la cual entre otras consideraciones, se estableció lo siguiente:

“El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil es la norma que se refiere a las solicitudes de aclaratoria y ampliación de sentencias. Si bien se refiere, como lo deja ver el texto en el que se ubica, a los procesos judiciales de naturaleza civil, es bien sabido que ese Código contiene disposiciones generales, aplicables a diversos procedimientos.”

Se trata, en realidad, de la regla del Derecho Común, invocable incluso en las causas de las que conoce el Máximo Tribunal, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual 'las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia'

(...) Como se observa, es clara la norma al fijar un plazo, brevísimo en aras de la seguridad jurídica, para hacer las solicitudes de aclaratoria y ampliación de sentencias: debe hacerse en el día de la publicación del fallo o al día siguiente. Cualquier solicitud posterior será extemporánea y así lo ha decidido invariablemente la Sala. Además, de la norma transcrita se desprende que no cualquier persona puede formular la solicitud de aclaratoria o de ampliación: sólo las partes pueden hacerlo... Ahora bien, la aplicación de reglas como la contenida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil a los procesos como el de autos debe tratarse con extremo cuidado, pues el recurso de interpretación tiene unas características que impiden asimilarlo a una simple controversia entre partes, que es el ámbito normal de la referida disposición.

De hecho, ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inaplicabilidad del lapso previsto en el artículo transcrito para el caso de las acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, pese a que en ellas sí existe controversia, tomando en cuenta la generalidad del alcance del fallo, no limitado a las partes del proceso.

La Sala lo estableció así en la aclaratoria, del 24 de mayo de 2002 (sentencia N° 961), a su decisión del 24 de enero de ese mismo año (sentencia N° 85), sobre el conocido caso de los créditos llamados indexados o mexicanos. En esa aclaratoria –la segunda de la referida sentencia- se lee:

'En los procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso.

*La situación especial que nace de estos fallos, con sus efectos directos e indirectos hacia personas que pueden no haber participado en las causas donde ellos se dictaron, y que pueden verse perjudicadas a pesar de no haber sido formalmente partes, **obliga a una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil**, aplicable como norma general a los juicios que se instruyen conforme a las reglas de dicho Código.*

Para los ajenos al proceso donde se emitió el fallo, quienes se encuentran en una concreta situación que por falta de alegatos no fue tomada en cuenta al juzgarse la pretensión, pueden surgir puntos dudosos en la sentencia referidos a su particular situación, y debido a esa posición pueden requerir de ampliaciones del fallo, ya que -repite la Sala- la especial situación de los afectados, que no se dio a conocer en autos, puede no haber sido considerada en el fallo, y por tanto no ser precisa con relación a quienes no concurrieron al juicio. Siendo ello así, considera la Sala que el lapso preclusivo para pedir las aclaraciones y ampliaciones contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no puede aplicarse estrictamente en las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos, evitando así la Sala que la preclusión se convierta en un atentado a la justicia eficaz, responsable y equitativa que con relación a esos terceros les garantiza el artículo 26 constitucional. Por ello, considera la Sala que, en estos casos, no se aplica el término del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea (...)

Se trata de una peculiaridad de esta clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).

(...)

Lo anterior es predicable también, incluso con más razón, para el caso del recurso de interpretación constitucional, pues es sabido que a través de éste se pretende la fijación, con carácter erga omnes, del sentido y alcance de una disposición contenida en el Texto Fundamental.

Es evidente que son muchos los interesados en un caso así, aunque no hubieran hecho la solicitud inicial ni se hubieran jamás incorporado al proceso. El fallo, al momento de iniciar su aplicación, puede generar problemas de orden práctico que la Sala no puede ignorar. No puede, en consecuencia, limitarse las peticiones de aclaratoria y ampliación de fallos interpretativos al breve lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

No se trata de una desaplicación de la norma para el caso concreto, pues no hay inconstitucionalidad del dispositivo. Simplemente, el referido artículo 252 no aplica al recurso de interpretación, en lo referido al lapso, ya que no se corresponde con la naturaleza de la acción y de las sentencias interpretativas”.

Asimismo, respecto de la cualidad e interés para solicitar la aclaratoria de un fallo, esta Sala en la precitada decisión, estableció lo siguiente:

“(…) Se ha visto además que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil exige que la aclaratoria o la ampliación la solicite una parte del proceso. Ya se ha indicado que en casos como el de autos ello no es correcto, al igual que no lo es la exigencia del corto plazo. Ahora, lo que sí es obligatorio es que el solicitante tenga un interés.

En efecto, así como se exige un interés, derivado de un caso concreto, para admitir el recurso de interpretación, debe también requerirse para pedir aclaratorias, correcciones o ampliaciones a lo decidido.

Citando de nuevo el caso de los créditos indexados, esta Sala -en su primera aclaratoria, de fecha 21 de febrero de 2002 (sentencia N° 314)- declaró que el solicitante, el Banco Central de Venezuela, tenía interés por ser destinatario de algunos de los mandatos de la sentencia. Textualmente se indicó que... (omissis)” (negritas propias).

De conformidad con lo anterior, no estima necesario la Sala realizar grandes consideraciones en el caso de autos, pues si bien en la decisión citada se admite la inaplicación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil en cuanto al lapso para solicitar la aclaratoria de un fallo, ello se justifica en virtud de los efectos *erga omnes* de las decisiones dictadas con ocasión de una interpretación de una norma constitucional.

La anterior afirmación aplica igualmente, de manera indubitable, en el caso que nos ocupa en virtud de la generalidad del alcance de las decisiones dictadas por el órgano jurisdiccional que anulan una disposición legal por resultar incompatible con la Constitución. En efecto, tales sentencias anulatorias son de efectos *erga omnes*, ya que no recaen únicamente a favor o en contra de los que realmente se constituyeron en partes en el proceso sino que pueden verse afectados ciudadanos que no actuaron en juicio y respecto de los cuales pudieran haber imprecisiones en el fallo objeto de aclaratoria en relación con su situación particular, debido a que sus argumentos no fueron debatidos en el proceso, justamente, por no ser partes.

Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia parcialmente transcrita, esta Sala constata la cualidad y el interés de la solicitante de la aclaratoria, quien actúa en su condición de Defensora del Pueblo, ente al cual fue adscrita la Defensoría Pública de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, el cual fue objeto de nulidad parcial mediante el fallo dictado por esta Sala el 28 de febrero de 2008, cuya aclaratoria hoy se solicita. Por las consideraciones expuestas, constatada como ha sido la cualidad y el interés de la solicitante de la aclaratoria de autos, visto el alcance general y los efectos *erga omnes* de la decisión objeto de aclaratoria, la cual anuló parcialmente los cardinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, en virtud de lo cual éstos quedaron redactados

conforme se estableció en el referido fallo N° 163 del 28 de febrero de 2008, esta Sala no puede aplicar de manera restrictiva el lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil para solicitar la aclaratoria de la mencionada decisión, pues ello iría en detrimento de una tutela judicial efectiva y de una justicia responsable y equitativa conforme lo ordena la propia Constitución, respecto de aquellos justiciables que, si bien no se constituyeron en partes en el juicio de nulidad, pudieran advertir puntos dudosos u oscuros sobre su situación que hicieran requerir la aclaratoria solicitada, motivo por el cual la Sala pasa a resolver el fondo de la aclaratoria pedida en los términos siguientes:

La ciudadana Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su condición de Defensora del Pueblo, asistida de abogado, solicitó formal aclaratoria de los “*puntos dudosos*” contenidos en la sentencia dictada por esta Sala el 28 de febrero de 2008, “*referidos a los siguientes aspectos*”:

1. *Que, se aclaren los términos en que la Asamblea Nacional ‘desconoció la preeminencia constitucionalmente conferida al Tribunal Supremo de Justicia’ en el contenido del antiguo artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública objeto de anulación y nueva redacción.*

2. *Que, se aclare el significado y contenido de la denominada ‘incongruencia positiva’ y el alcance de la ‘obviedad’ de su aplicación y subsiguiente anulación que determinó –a la Sala Constitucional- legislar y modificar la redacción de los artículos 11, 12, 13 y 15 numerales 5 y 7 de la misma ley”.*

Ahora bien, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil consagra la posibilidad de revisar la sentencia definitiva, a solicitud de parte, como una excepción frente a la prohibición de reforma o revocatoria por parte del órgano jurisdiccional que la haya dictado, siempre que dicha solicitud verse sobre puntos dudosos, omisiones o errores de copia, referencias o cálculos numéricos. De tal modo, que dichos remedios procesales se conciben a fin de corregir los referidos errores materiales en los que pueda incurrir el juez y no como recursos o medios de impugnación para atacar el fallo que no resulte favorable a los intereses de la parte solicitante de la aclaratoria.

Al respecto, esta Sala en su decisión N° 772 del 6 de abril de 2006, caso: “*Síndico Procurador del Municipio Los Salias del Estado Miranda*”, ratificando el criterio expuesto en su decisión del 26 de diciembre de 2000, caso: “*Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, R.L.*”, estableció lo siguiente:

“(…) que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieron de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar (...)”.

En los mismos términos se pronunció esta Sala en su decisión N° 242 del 28 de febrero de 2007, caso: “*Jenny Josefina Rueda Carmenate*”, en la cual declaró:

“La disposición antes transcrita [artículo 252 del Código de Procedimiento Civil] ha sido examinada por esta Sala en diversas decisiones, así en sentencia dictada el 9 de marzo de 2001 (Caso: Luis Morales Bance), se sostuvo:

‘De la transcrita norma procesal se extrae, en primer lugar, la imposibilidad del tribunal de revocar o reformar su propia decisión -sea definitiva o interlocutoria sujeta a apelación-, lo cual responde a los principios de seguridad jurídica y de estabilidad e inmutabilidad de las decisiones.

Sin embargo, valoró el legislador que ciertas correcciones en relación con el fallo dictado sí le son permitidas al tribunal, por cuanto no vulneran los principios antes mencionados, sino, por el contrario, permiten una efectiva ejecución de lo decidido. Estas correcciones al fallo,

conforme al único aparte del citado artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, se circunscriben a: i) aclarar puntos dudosos; ii) salvar omisiones; iii) rectificar errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia; iv) dictar ampliaciones.

Además, la posibilidad de salvar omisiones, rectificar errores manifiestos o dictar ampliaciones, no corresponde de oficio al tribunal que dictó el fallo sino que debe operar a solicitud de parte, en el breve lapso previsto en el transcrito artículo 252: el día en que se publica el fallo o al día siguiente.

De lo anterior se colige que la solicitud de rectificación del fallo, en los términos previstos en el único aparte del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es un medio otorgado por dicha ley procesal a las partes en juicio cuyo fin no es otro que lograr que el tribunal aclare los puntos dudosos, salve las omisiones y rectifique los errores manifiestos de copia, de referencia o de cálculo numérico o dicte ampliaciones.

(...)

Por lo que respecta al caso concreto de la solicitud de ampliación de sentencia, se puede señalar que la misma se trata -como ya se dijo- **de un medio dado a las partes en juicio para que expresen al tribunal las razones que consideren pertinentes en relación con algún pedimento o asunto no resuelto por el sentenciador, pero sin que ello implique alterar la sentencia ya dictada, pretendiendo la revocatoria o modificación del fallo, por diferir del criterio allí expuesto por el tribunal.** Es decir, subsiste la prohibición contenida en el encabezamiento del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, mediante la cual se imposibilita al tribunal revocar o/ modificar la sentencia pronunciada.

En tal sentido, la solicitud de ampliación de sentencia, tiene una doble función: correctiva y preventiva, toda vez que mediante la misma se corrige la falta de congruencia de la sentencia con lo pretendido por la parte actora y lo alegado por el legitimado pasivo en su defensa, en el punto o cuestión objeto de la ampliación, y previene la declaratoria de nulidad de la sentencia, por haber solucionado la decisión ampliatoria -la cual forma parte integrante de la sentencia definitiva o de la interlocutoria sujeta a apelación- el requisito intrínseco de forma cuya omisión afecta de nulidad la sentencia...’.

*Conforme lo señalado precedentemente, el instituto de la aclaratoria o ampliación del fallo persigue principalmente la determinación precisa del alcance del dispositivo en él contenido, orientada a su correcta ejecución, por lo que, **la ampliación y la aclaratoria que pronuncie el juez no puede modificar la decisión de fondo emitida, ni puede implicar un nuevo examen de los planteamientos de una u otra parte**” (negritas propias).*

En tal sentido, la aclaratoria, además de circunscribirse únicamente a la rectificación de los posibles errores materiales en que puede incurrir el juez previstos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en modo alguno dicha institución procesal puede afectar la seguridad jurídica ni constituirse en un medio de impugnación tendente a efectuar un nuevo análisis de los argumentos expuestos por las partes en el juicio.

En el caso que nos ocupa, no se observa que la aclaratoria solicitada verse sobre la corrección de algún error o cálculo numérico, errores de copia o referencias, omisión o puntos oscuros derivados del fallo N° 163 dictado por esta Sala el 28 de febrero de 2008; antes por el contrario, aprecia la Sala que lo pretendido por la solicitante de la aclaratoria de autos es obtener un nuevo pronunciamiento por no compartir los argumentos expuestos por esta Sala en el fallo objeto de aclaratoria.

En efecto, de la lectura del escrito contentivo de la solicitud de aclaratoria, evidencia la Sala de manera indubitable, la inconformidad de la solicitante con el fallo N° 163 dictado el 28 de febrero de 2008, pues a su decir, se menoscaba la autonomía de la Defensoría Pública al ordenar la adscripción de ésta al Tribunal Supremo de Justicia, habida cuenta que dicho organismo es **“un órgano del sistema de justicia que la Constitución ordena que sea autónomo”**,

por lo cual afirmó que la referida decisión objeto de aclaratoria fue producto de un “*pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación*”.

De la anterior transcripción, observa la Sala la disconformidad de la solicitante con lo declarado por esta Sala Constitucional en su decisión N° 163 dictada el 28 de febrero de 2008, mediante la cual declaró la nulidad parcial del artículo 3, cardinales 3 y 7 de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública, lo cual no responde al propósito y naturaleza de la figura de la aclaratoria, la cual, como ya se señaló, no constituye en modo alguno un recurso o un medio de impugnación del fallo cuya aclaratoria se solicite, sino que está limitada a la posibilidad de rectificar los errores materiales, dudas u omisiones que se hayan podido cometer en el fallo, rigiendo la prohibición expresa del encabezado del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil de revocar o reformar la decisión objeto de aclaratoria.

Por las consideraciones que anteceden, de conformidad con la citada disposición legal que regula la institución de la aclaratoria y la jurisprudencia citada precedentemente, esta Sala estima que en el caso bajo análisis no se configuran los supuestos de hecho establecidos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil para proceder a la aclaratoria solicitada, pues no aprecia la Sala que en el fallo que dictó el 28 de febrero de 2008 existan puntos dudosos, omisiones, errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que hagan necesaria la aclaratoria pedida, por lo que la misma resulta improcedente; y así se declara.

2. *Recurso de interpretación constitucional*

TSJ-SC (1456)

15-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Héctor Rafael Badillo (Interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 160 de la Constitución.)

En lo que respecta a la legitimación para interponer el recurso de interpretación constitucional, la misma viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional dé lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo.

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de interpretación interpuesto y, al efecto, observa que en sentencia N° 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: “*Beatriz Contasti Ravelo*”), esta Sala, en atención a los diversos fallos referidos al recurso de interpretación constitucional, precisó los requisitos de admisibilidad del mismo, a saber:

“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, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia N° 2.507 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 sent. 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*".

Con fundamento en los requisitos de admisibilidad expuestos, se observa que del examen del escrito contenido del presente recurso, se desprende claramente que ésta tiene por objeto la interpretación constitucional de preceptos que gozan de tal naturaleza, con el propósito de fijar una lectura inequívoca del alcance del único aparte del artículo 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; se observa que en el presente caso no existe un recurso paralelo para dilucidar esta específica consulta; ni se han acumulado a dicho recurso otros medios judiciales o de impugnación a través de los cuales deba ventilarse la controversia, cuyos procedimientos sean incompatibles o se excluyan mutuamente, que se acompañen los documentos indispensables, aunado a que el escrito no contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos.

Ahora bien, la Sala advierte que el recurrente no sustentó de forma alguna su legitimación para la interposición del presente recurso.

La Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar el recurso de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -*Vid.* Sentencias N° 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000, 1.415/2000 y 1.084/08-.

Para ello, es necesario indicar que en lo que respecta a la legitimación para interponer el recurso de interpretación constitucional, la misma viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional dé lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo.

Así, en cuanto a la legitimación exigida para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

"(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el 'recurso' de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)".

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por la parte recurrente, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3125/2003, cuando señaló que *"(...) en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte*

de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)”.

En virtud de las consideraciones expuestas, y visto que el recurrente no posee legitimación para incoar la interpretación constitucional, la Sala declara inadmisibile la misma de conformidad con el criterio sostenido por esta Sala en sentencia N° 278/2002 y lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

TSJ-SC (1541)

17-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros (recurso de interpretación único aparte del artículo 258 de la Constitución)

La Sala Costitucional confirma la Jurisprudencia existente, referente a los requisitos de admisibilidad, Legitimación y Procedimiento del Recurso de Interpretación Constitucional.

En cuanto al procedimiento a seguir para sustanciar el recurso de interpretación de la Constitución, desde su primera sentencia al respecto (N° 1077/2000), la Sala dejó abierta la posibilidad de que si lo creyere necesario, luego de la decisión positiva de admisibilidad, en aras a la participación de la sociedad, pudiere emplazar por edicto a cualquier interesado que quisiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalará un lapso de preclusión para que los interesados concurren y expongan por escrito, lo que creyeren conveniente.

En efecto, si bien es cierto que es una solicitud -interpretación- que requiere un interés legítimo, personal y directo para su interposición, sus efectos son generales y afectan de una manera indeterminada a todo un cúmulo de ciudadanos, razón por la cual, resulta admisible la posible intervención de terceros, por razones de economía, concentración y celeridad procesal, siempre y cuando la misma proceda conforme a los requisitos de admisibilidad establecidos al efecto para la parte recurrente -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1443/08-.

En tal sentido, la Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar la acción de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -*Vid.* Sentencias N° 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000 y 1.415/2000-.

Así, en cuanto a la legitimación requerida para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

“(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el ‘recurso’ de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.

En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)”.

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por los terceros, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3.125/2003, cuando señaló que “(...) *en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)*”.

Así, la sola condición de abogados o ciudadano extranjero de los solicitantes, no legitima a dichos ciudadanos para la intervención en condición de terceros en el presente proceso - que como se advirtió anteriormente no es una acción popular-, más aun cuando pretende se le tutele en los criterios que a su juicio deben fundamentar el alcance y contenido de la presente decisión o en la simple condición de ciudadano extranjero sin que exista prueba alguna en el expediente que constituya al mencionado ciudadano con un interés actual que lo vincule al menos de forma indirecta pero cierta como **inversor**, con los supuestos de aplicación del referido “(...) *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Federativa de Brasil (...)*”

De ello resulta pues, que sea necesario reiterar que la legitimación para interponer la acción de interpretación constitucional, viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional da lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.077/2000-. Así, resulta claro que al no verificarse ninguna condición que los vincule con el presente caso en los términos expuestos; esta Sala estima que los solicitantes no poseen el interés jurídico actual necesario para ejercer el presente recurso de interpretación, lo cual, a tenor del criterio asentado por esta Sala en la sentencia N° 1443/08, hace forzosamente inadmisibles su intervención en el presente recurso y, así se declara.

Respecto del fondo del asunto planteado se reitera que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se verifiquen las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predefinido un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y completivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicán de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1.347/2000, (caso: “*Ricardo Combellas*”).

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo

constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad.

Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: “*Gisela Peña Troconis y otros*”) y sentencia N° 278/2002, (caso: “*Beatriz Contaste*”).

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: “*Homologación de Pensiones y Jubilaciones*”); sentencia N° 346/2001, (caso: “*Consejo Nacional Electoral*”); sentencia N° 1857/2001, (caso: “*Ángel Alberto Vellorín*”) y sentencia N° 2728/2001, (caso: “*Néstor Luis Oquendo*”).

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atentar contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: “*Hermann Escarrá*”); sentencia N° 1316/2001, (caso: “*Defensoría del Pueblo*”) y sentencia N° 1912/2001, (caso: “*Enrique Ochoa Antich y otros*”).

Véase página 129 de esta Revista

TSJ-SC (1684)

4-11-2008

Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales

Caso: Carlos Eduardo Giménez Colmenares (Interpretación del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución).

.....Establecido lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción interpuesta y, al respecto, observa que en la sentencia N° 1.029 del 13 de junio de 2001 (caso: *Asamblea Nacional*), este órgano jurisdiccional precisó los requisitos de admisibilidad de la acción de interpretación constitucional, en atención a su objeto y alcance. En este sentido, estableció lo siguiente:

“...1.- *Legitimación para recurrir. Debe subyacer a la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.*

2.- *Precisión en cuanto a la oscuridad, ambigüedad o contradicción de las disposiciones enlazadas a la acción.*

3.- *Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisibilidad 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.*

4.- *Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, ni que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite.*

5.- *Cuando no se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles;*

6.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible;

7.- Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos;

8.- Inteligibilidad del escrito;

9.- Representación del actor.

10.- En caso de que no sean corregidos los defectos de la solicitud, conforme a lo que se establece seguidamente.

La solicitud deberá expresar:

1.- Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial;

2.- Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados;

3.- Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.

En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos... ”.

La Sala advierte que, en el caso de autos, está demostrado el cumplimiento efectivo de cada uno de los requisitos señalados *supra*, por parte de la interesada en la interpretación que ocupa a esta Sala; en efecto, este órgano jurisdiccional reconoce la legitimidad que ostenta a tales fines la Sala Plena en el requerimiento de la determinación del tribunal competente para conocer del procedimiento que habrá de seguirse contra el ciudadano Carlos Eduardo Giménez Colmenárez, en su condición de Gobernador del Estado Yaracuy, una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito propuesta en su contra, por parte de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia.

En segundo lugar, el recurso fue planteado bajo la premisa de una ambigüedad sobre el contenido del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente con relación al órgano jurisdiccional que seguirá conociendo de la causa una vez declarada con lugar la solicitud de antejuicio de mérito.

Asimismo, la interpretación constitucional que nos ocupa constituye una novedad para este órgano jurisdiccional, ya que no existe criterio alguno al respecto establecido con anterioridad a la presente decisión. No existen vías ordinarias a las cuales se pudiese acudir para dilucidar la pretensión, ni acumulación con otra acción con la que pudiese excluirse mutuamente o cuyos procedimientos resultaran incompatibles. Por otra parte, la solicitud fue presentada en términos claros, no contiene conceptos ofensivos y se acompañó con los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala admite la interpretación solicitada; y así se decide.

Véase página 66 de esta *Revista*

TSJ-SC (1939)

18-12-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008.

La Sala se declara competente para conocer del recurso de interpretación, al constatar que la pretensión de los recurrentes (representantes de la Procuraduría General de la República) versa sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un

organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional, supuesto expresamente contemplado en el fallo (N° 1.077/2000) como justificativo de la procedencia de la acción de interpretación; y tratándose además de una competencia expresamente atribuida a la Sala Constitucional conforme al cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, declaró que el Estado venezolano violó, con la destitución de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., sus derechos a ser juzgados por un tribunal imparcial, a un recurso sencillo, rápido y efectivo, a ser oídos dentro de un plazo razonable, y el deber de motivación; todo de conformidad con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 *eiusdem*.

En consecuencia, dispuso que el Estado venezolano deberá indemnizar a los aludidos ex jueces con el pago de \$ 48.000 para cada uno, por concepto de daño material (el cual deberá ser realizado en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia); \$ 40.000 por concepto de daños inmateriales (también para cada uno y en el mismo plazo); y \$ 5.000 para cada "víctima", por concepto de costas y gastos.

Así mismo, ordenó el reintegro al Poder Judicial de los mencionados ex jueces, y si el mismo no se realiza en el plazo de seis (6) meses, estableció la obligación para el Estado de pagar una indemnización adicional de \$100.000 para cada uno de ellos.

Finalmente, señaló que Venezuela deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 249 de la sentencia (es decir, consideraciones referidas a la autonomía de los jueces, a la carrera judicial, a su selección, a la imparcialidad e independencia de los mismos y a los procedimientos disciplinarios).

En su parte dispositiva, el referido fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Bolivariana de Venezuela, a lo siguiente:

“16. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia, en los términos de los párrafos 236, 242 y 260 de la misma.

17. El Estado debe reintegrar al Poder Judicial a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si no hubieran sido destituidos. Si por motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiere reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia.

18. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 249 de esta sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

19.- El Estado debe adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 253 de esta sentencia.

20. *Supervisará la ejecución íntegra de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento”.*

Precisado lo anterior debe esta Sala pronunciarse respecto de la naturaleza de la acción propuesta, para lo cual advierte:

A juicio de esta Sala, la parte actora no pretende la nulidad del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo.

Tampoco se trata de una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional. En definitiva, del estudio pormenorizado de la solicitud se evidencia que la misma está dirigida a que se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la reincorporación de unos jueces y al pago de sumas de dinero. Al respecto, debe esta Sala determinar el alcance de la acción de interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, para luego analizar el régimen de competencia, la admisibilidad y, en el supuesto de que fuera admitida, el procedimiento aplicable.

En tal sentido, se observa:

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su cardinal 52, no prevé expresamente la existencia del recurso de interpretación de la Constitución y, por supuesto, no atribuye a alguna de las Salas que integran el Supremo Tribunal de Justicia la competencia para conocer de recursos de esta naturaleza, sino que en su párrafo primero establece que su “*conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida*”.

Ahora bien, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la jurisdicción constitucional sufrió importantes transformaciones que abarcan desde la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, hasta la atribución a ésta de la competencia exclusiva con relación a la jurisdicción constitucional, conforme lo dispone el cardinal 1 del artículo 266 del Texto Fundamental.

En materia de interpretación constitucional, el artículo 335 *eiusdem* dispone lo siguiente:

“El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. (Subrayado de esta Sala).

Por otra parte, al ser la Sala Constitucional el “*máximo y último intérprete*” de la Constitución y teniendo la obligación de velar “*por su correcta interpretación*” (lo que se asegura por el carácter vinculante de sus decisiones en materia de interpretación constitucional, conforme lo prevé el artículo 335 del Texto Fundamental), es esta Sala y no otra del Tribunal Supremo de Justicia, la única que puede conocer y decidir –en razón de su afinidad material– los recursos de interpretación constitucionales que sean propuestos.

Lo anterior condujo a esta Sala a declarar la procedencia de la acción de interpretación constitucional y asumir la competencia exclusiva para su conocimiento, mediante su decisión del 22 de septiembre de 2000 (*caso Servio Tulio León*), motivo por el cual, al constatarse que la pretensión de los recurrentes versa sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional, supuesto expresamente contemplado en el aludido fallo (Nº 1.077/2000) como justificativo de la procedencia de la acción de interpretación; y tratándose además de una competencia expresamente atribuida a la Sala Constitucional conforme al cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala se declara competente para conocer del presente recurso de interpretación; y así se decide.

Sentado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de dicho recurso y al respecto estima conveniente transcribir el criterio expuesto en la sentencia del 22 de septiembre de 2000 (*caso: Servio Tulio León*), en la cual se expresó lo siguiente:

“La interpretación vinculante que hace esta Sala, y que justifica la acción autónoma de interpretación constitucional, se refiere a los siguientes casos:

1. Al entendimiento de las normas constitucionales, cuando se alega que chocan con los principios constitucionales.

(omissis)

2.- Igual necesidad de interpretación existe, cuando la Constitución se remite como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refieren a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria.

3. Pero muchas veces, dos o más normas constitucionales, pueden chocar entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada.

(omissis)

4. ... entre los Tratados y Convenios Internacionales, hay algunos que se remiten a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores, surgiendo discusiones si ellas se convierten en fuente del derecho interno a pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República. En lo que respecta a la constitucionalidad de tales normas surge una discusión casuística, que debe ser aclarada por algún organismo, siendo esta Sala la máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno.

5.- También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos.

6.- El régimen legal transitorio, por otra parte, ha dejado al descubierto jurídico algunas áreas, donde parecen sobreponerse normas del régimen legal transitorio a la Constitución, o donde ni el uno o el otro sistema constitucional tienen respuestas, creándose así “huecos legales” a nivel constitucional, debido a que ninguna norma luce aplicable a la situación, o que ella se hace dudosa ante dos normas que parcialmente se aplican.

(omissis)

7.- *Ha sido criterio de esta Sala, que las normas constitucionales, en lo posible, tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución, en todo cuanto no choque con el régimen transitorio.*

Muchas de estas normas están en espera de su implementación legal producto de la actividad legislativa que las desarrollará.

El contenido y alcance de esas normas vigentes, pero aún sin desarrollo legislativo, no puede estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad revisora, porque de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido.

Como paliativo ante esa situación, las personas pueden pedir a esta Sala que señale el alcance de la normativa, conforme a la vigente Constitución (...)

8.- *También pueden existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios, lo que es tarea de esta Sala.*

9.- *Dada la especial situación existente en el país, producto de la labor constituyente fundada en bases preestablecidas (bases comiciales), también puede ser fuente de discusiones las contradicciones entre el texto constitucional y las facultades del constituyente; y si esto fuere planteado, es la interpretación de esta Sala, la que declarará la congruencia o no del texto con las facultades del constituyente.*

En consecuencia, la Sala puede declarar inadmisibles un recurso de interpretación que no persigue los fines antes mencionados, o que se refiera al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso. Igualmente podrá declarar inadmisibles el recurso cuando no conste interés jurídico actual en el actor". (Negrillas de esta decisión).

En el caso examinado el objeto de la acción de interpretación es el cumplimiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

Con respecto a los requisitos de admisibilidad del presente recurso, esta Sala, en sentencia de 9 de noviembre de 2000 (Caso: *Ricardo Combellas*), estableció:

"Resuelto lo anterior, esta Sala pasa de seguidas a precisar los requisitos de admisibilidad de la acción de interpretación de la Constitución, en atención al objeto y alcance de la misma.

1.- *Legitimación para recurrir. En cuanto a la legitimación exigida para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:*

'Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el 'recurso' de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada'.

2.- *Precisión en cuanto al motivo de la acción. La petición de interpretación puede resultar inadmisibles, si ella no expresa con precisión en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de disposiciones, o la contradicción entre las normas del texto constitucional; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas observadas en el análisis comparativo de la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.*

3.- *Será inadmisibles el recurso, cuando en sentencias de esta Sala anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, y no sea necesario modificarlo. Este motivo de inadmisibilidad 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.*

4.- *Por otro lado, esta Sala deja claramente establecido que el recurso de interpretación constitucional no puede sustituir los recursos procesales existentes ni traducirse en una acción de condena, ni declarativa, ni constitutiva, por lo que si el recurrente persigue adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o pretende sustituir con esta vía algún medio ordinario a través del cual el juez pueda aclarar la duda planteada, el recurso deberá ser declarado inadmisibles por existir otro recurso.*

En este sentido, ya se pronunció la Sala en la sentencia mencionada en los siguientes términos:

‘Ahora bien, el que esta Sala, como parte de las funciones que le corresponden y de la interpretación de la ley, de la cual forma parte la Constitución, pueda abocarse a conocer una petición en el sentido solicitado por el accionante, no significa que cualquier clase de pedimento puede originar la interpretación, ya que de ser así, se procuraría opinión de la Sala ante cualquier juicio en curso o por empezar, para tratar de vincular el resultado de dichos juicios, con la opinión que expresa la Sala, eliminando el derecho que tienen los jueces del país y las otras Salas de este Tribunal de aplicar la Constitución y de asegurar su integridad (artículo 334 de la vigente Constitución), así como ejercer el acto de juzgamiento, conforme a sus criterios; lográndose así que se adelante opinión sobre causas que no han comenzado, y donde tales opiniones previas tienden a desnaturalizar el juzgamiento’.

5.- *Tampoco puede pretender el recurrente acumular a la pretensión interpretativa otro recurso o acción de naturaleza diferente, ya que conllevaría a la inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones o procedimientos que se excluyen mutuamente. Tal sería el caso en que pretenda acumular un recurso de interpretación con un conflicto de autoridades, o que se solicite conjuntamente la nulidad de un acto de algún órgano del Poder Público – tanto en el caso que se pretenda que la decisión abarque ambas pretensiones o que las estime de forma subsidiaria-, o que promueva la interpretación de algún texto de naturaleza legal o sublegal, o la acumule con un recurso de colisión de leyes o de éstas con la propia Constitución.*

6.- *De igual modo, será inadmisibles la solicitud de interpretación cuando exista la convicción de que constituye un intento subrepticio de obtener resultados cuasi jurisdiccionales que desbordan el fin esclarecedor de este tipo de recursos; es decir, que lo planteado persiga más bien la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre éstos y órganos públicos, o entre estos últimos entre sí; o una velada intención de lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley. En fin, cuando lo pedido desnaturalice los objetivos del recurso de interpretación.*

Observa la Sala, que quienes incoaron el recurso pretenden la interpretación del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, mediante la cual se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggieri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces, así como el exa-

men de su conformidad con la Constitución. En consecuencia esta Sala estima que, con base en la sentencia del 22 de septiembre de 2000, antes citada, y el fallo parcialmente transcrito *supra*, los recurrentes están en una situación jurídica concreta como representantes judiciales de la República Bolivariana de Venezuela frente a una posible condena patrimonial, por lo que la determinación que haga esta Sala acerca de la pertinencia y/o extensión que debe darse al contenido y forma de ejecución de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de su interés aunque no pretendan que se declare un derecho a su favor, sino que se dicte una sentencia mero declarativa en la cual se establezca el verdadero sentido y alcance de la señalada ejecución con relación al Poder Judicial venezolano en cuanto al funcionamiento, vigilancia y control de los tribunales, asunto que esta Sala considera de interés general, toda vez que desarrolla conceptos de relevancia como los de justicia, autonomía del Poder Judicial y supremacía de la Constitución, por lo que, haciendo abstracción de las circunstancias particulares atinentes a la específica situación jurídica de la recurrente, esta Sala considera que debe admitir el presente recurso.

Ahora bien, por cuanto de su examen se constata que cumple con los extremos jurisprudenciales para la admisión de este tipo de recursos, y no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad que preceptúa el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se admite en cuanto ha lugar en derecho. Así se decide.

Por otra parte, del análisis del libelo de demanda y de los recaudos con ella consignados, la Sala observa que el presente recurso versa sobre una cuestión de mero derecho, razón por la cual se abstiene en esta oportunidad de fijar una audiencia oral para escuchar a los interesados, ya que no requiere del examen de ningún hecho y se omitirá el trámite de notificación de la Fiscalía General de la República, de la Defensoría del Pueblo y de los terceros interesados, en razón de la inminente ejecución de la decisión cuya interpretación es requerida. Así se decide.

3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (1854)

28-11-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Jesús Ángel Barrios Mannucci vs. Decisión Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia.

Delimitada como ha sido la competencia para conocer de la presente revisión, esta Sala pasa a decidir y, para ello, observa que en sentencia N° 93, del 6 de febrero de 2001 (caso: *Corpoturismo*), esta Sala Constitucional indicó cuáles son los fallos susceptibles de ser revistos de manera extraordinaria y excepcional, a saber: los fallos definitivamente firmes de amparo constitucional, las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional, y las sentencias definitivamente firmes que hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

Asimismo, esta Sala Constitucional asentó, en la sentencia N° 325, del 30 de marzo de 2005 (caso: "*Alcido Pedro Ferreira y otros*"), en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que existe la posibilidad de revisar las sentencias dictadas por las demás Salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia cuando se denun-

cien: i) violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República y ii) cuando estas sentencias se hayan dictado con ocasión de: a) error inexcusable, b) dolo, c) cohecho o d) prevaricación y, el último supuesto legal (artículo 5, cardinal 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), que se limitó a reproducir lo establecido en el artículo 336, cardinal 10 constitucional, el cual ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo por esta Sala en la referida sentencia N° 93/01, entre otras.

Cabe destacar que la restricción de procedencia que nace de los supuestos enunciados, tiene como norte que la revisión constitucional no debe entenderse como una nueva instancia, pues se admite sólo para preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales. Además, es necesario aclarar que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de sentencias que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que posea la facultad de desestimar cualquier solicitud de revisión, sin ningún tipo de motivación, cuando en su criterio se compruebe que la decisión cuya revisión se solicita en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud del carácter excepcional que posee la revisión.

4. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia*

TSJ-SC (1457)

15-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Productores Agropecuarios El Chaparral

Ante la preponderancia de la materia agraria, de conformidad con lo previsto en el artículo 208 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, corresponde conocer del amparo interpuesto a los juzgados de primera instancia agraria.

En tal sentido, observa la Sala que se denunció como lesiva una situación en la que se encuentran involucrados los integrantes de la asociación civil Productores Agropecuarios El Chaparral, y en la que se pudiera ver afectada la actividad económica de dicha asociación civil, la cual es la producción de yuca. Siendo ello así, pareciera existir una situación que amerita la protección constitucional, pues la yuca es un alimento que forma parte de los productos necesarios para la alimentación de la población.

Ciertamente, todo lo relacionado con el desarrollo agrario se constituye en una actividad que al garantizar la seguridad alimentaria de la población, en los precisos términos de los artículos 305 y 307 de la Constitución vigente, se encuentra sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos, sino mediante la creación de una jurisdicción especial que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados, tomando en consideración el interés general de sentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones. (*Vid.* Sentencia N° 262 del 16 de marzo de 2005).

Así las cosas, mas allá de que la presente solicitud de tutela constitucional tenga como origen la solicitud de ejecución forzosa de los bienes de la empresa Agroindustria Mandioca, C.A., formulada por el Banco Industrial de Venezuela, ha de reconocer la Sala la existencia del interés colectivo involucrado en el amparo constitucional interpuesto, por lo que al tratarse de un asunto relativo a la seguridad alimentaria la competencia para conocer este tipo de acciones la tienen, los órganos jurisdiccionales con competencia agraria. Así se decide.

Establecido lo anterior, debe distinguirse a cuál de los tribunales agrarios debe corresponder su conocimiento debido a la especialidad de la materia debatida. Para ello es necesario acudir a la legislación especial que regula la materia, tomando en cuenta para ello que la pretensión de tutela constitucional se interpone a fin de evitar la ejecución forzosa de los bienes de la empresa Agroindustria Mandioca, C.A., solicitada por el Banco Industrial de Venezuela.

En tal sentido, la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.771 Extraordinario, del 18 de mayo de 2005, en el artículo 197 se refiere a que las controversias que se susciten entre particulares, con motivo de las actividades agrarias, serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria conforme al procedimiento ordinario agrario. En tal sentido, el artículo 208 *eiusdem*, establece que la competencia para conocer de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, es de los juzgados de primera instancia agraria.

Dicho artículo consagra diferentes supuestos, siendo que el numeral 15 prevé expresamente que:

“Artículo 208: Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos:

...omissis...

15. En general, todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con la actividad agraria”.

De tal manera que, ante la preponderancia de la materia agraria en el caso bajo estudio, lo cual se debe al interés colectivo que surge de la seguridad alimentaria involucrada en el cultivo y recolección de la yuca, a la cual se dedican los miembros que integran la asociación civil que tienen como objeto la actividad agrícola y como domicilio establecieron el Estado Monagas, por lo que al tratarse de asociaciones que forman parte de la seguridad agroalimentaria, por dedicarse a la explotación y comercialización de productos agrícolas, de conformidad con lo previsto en el artículo 208 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los juzgados de primera instancia agraria conocerán de dichos amparos y, además, el lugar donde se temía que ocurrieran las transgresiones constitucionales se encuentra en el Estado Monagas, por lo que ha de señalarse que de conformidad con la legislación que regula la materia, la competencia para conocer del amparo constitucional ejercido es de los órganos jurisdiccionales de primera instancia con competencia agraria, puesto que no se trata de un amparo contra decisión judicial. (*Vid.* Sentencia N° 670 del 16 de abril de 2007, caso: “*Cooperativa Las Amazonas II, R.L.*”).

Efectivamente, al tratarse de una asociación civil que forman parte de la seguridad agroalimentaria, por dedicarse a la siembra de yuca, de conformidad con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en concordancia con el artículo 7 de la

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los juzgados de primera instancia agraria conocerán de dichos amparos y, además, siendo el lugar donde se temía que ocurrieran las transgresiones constitucionales la ciudad de Maturín, Estado Monagas, el Competente para tramitar la acción de amparo referida era el Juzgado de Primera Instancia con Competencia Agraria de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

Ello así, se declara con lugar la apelación interpuesta por la accionante, por lo que debe la Sala anular el fallo dictado el 27 de abril de 2007 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, por no ser el órgano competente para conocer de la presente acción de amparo constitucional y, en consecuencia, se declara competente para conocer de la presente acción de amparo en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia con Competencia en lo Agrario, de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, en tal sentido, en aras de preservar los principios procesales de celeridad y economía procesal, se convalidan las actuaciones procesales previas a la celebración de la audiencia constitucional, por lo que se ordena la remisión del presente expediente al Juzgado de Primera Instancia Agrario de dicha Circunscripción Judicial para que previa notificación de las partes celebre la audiencia constitucional. Así se decide.

B. *Admisibilidad: Inepta Acumulación de Pretensiones*

TSJ-SC (1556)

21-10-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Raúl Isaías Baduel

Ha sido criterio reiterado de la Sala que en aquellos supuestos en que se invoque la tutela constitucional contra distintos presuntos agraviantes, con base en supuestos totalmente diferentes, se verifica una inepta acumulación.

Determinada la competencia, pasa la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad del asunto sometido a su conocimiento, para lo cual observa:

De los alegatos expuestos en el escrito libelar, se desprende que la presente acción de amparo constitucional, fue ejercida contra “(...) *la presunta decisión dictada el día 18 de julio de 2008 por la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar de la República Bolivariana de Venezuela (...), por la cual se comunica a mis defensores privados Rafael Alfonso Tosta Ríos y Omar Mora Tosta, que debían juramentarse no ante la Corte Marcial, sino ante el Tribunal Militar Primero de Control del Circuito Penal Militar (...). Asimismo, la presente solicitud de amparo constitucional se dirige también contra el Fiscal General Militar de la República Bolivariana de Venezuela (...), por haber ordenado mi imputación ante un Fiscal Militar de instancia, siendo a él a quien compete personalmente la realización de dicho acto formal de imputación (...), así como por sus desatinadas declaraciones que constituyen un hecho notorio comunicacional, en las cuales se alza contra el orden jurídico vigente y desconoce abiertamente mi derecho a ser juzgado en primera instancia por la Corte Marcial de la República (...)*”, por la presunta violación de su derecho constitucional a ser juzgado por sus jueces naturales, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el caso bajo estudio, se advierte una acumulación de pretensiones pues el quejoso cuestionó distintas actuaciones, provenientes de un órgano y una autoridad distintos, a saber: la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar de la República Bolivariana de Venezuela -en virtud de que instó a los defensores privados del accionante a juramentarse en el proceso

penal que se le sigue, ante un Tribunal de Control Militar- y el Fiscal General Militar de la República Bolivariana de Venezuela -por ordenar imputar al accionante ante un Fiscal Militar de instancia, así como por sus declaraciones dadas a través de un medio de comunicación televisivo- y, en consecuencia, resulta necesario determinar si la acumulación hecha por el accionante en el escrito libelar, es procedente en definitiva o si, por el contrario, se configura un caso típico de inepta acumulación de pretensiones.

En este orden de ideas, visto que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no regula la acumulación de pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 *ejusdem*, resultan aplicables, supletoriamente, las disposiciones que al respecto consagra el Código de Procedimiento Civil.

Dispone el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, la posibilidad de acumular en una sola demanda varias pretensiones contra distintas personas, siempre que *“hubiere conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa”*, esto es, por el objeto que se pretende o por la razón que motiva la pretensión.

No obstante, el artículo 78 del mismo Código, prevé:

“No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo Tribunal; ni aquéllas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí.

Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra, siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí”.

Según lo dispuesto en la norma transcrita, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo allí establecido, configura la denominada inepta acumulación, y aquellos casos en que dichas pretensiones se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles, constituye causal de inadmisibilidad de las demandas o solicitudes que se intenten ante este Tribunal Supremo de Justicia, según lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Sobre este particular, ha sido criterio reiterado de esta Sala que en aquellos supuestos en que se invoque la tutela constitucional contra distintos presuntos agraviantes, con base en supuestos totalmente diferentes, se verifica una inepta acumulación; ello quedó establecido, entre otras, en la sentencia N° 2307/2002 del 1 de octubre (caso: *“Carlos Cirilo Silva”*), en la cual se asentó:

“(…) la Corte de Apelaciones el Circuito Judicial Penal del Estado Portuguesa, no debió resolver por separado cada una de las acciones ejercidas por el accionante, puesto que, al presentar la defensora pública su escrito, incurrió en una inepta acumulación: 1) al ejercer dos (2) amparos en un solo escrito, al denunciar como agraviantes a dos (2) entes diferentes, como lo son el Juzgado Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Portuguesa, extensión Acarigua, y el Juzgado Tercero de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal; y 2) por tratarse de supuestos de hecho diferentes, ya que, la presunta violación de derechos constitucionales en la que supuestamente incurrió el Juzgado de Control del Circuito Penal del Estado Portuguesa, extensión Acarigua, es haber negado al imputado una medida alternativa procedente a la prosecución del proceso, es decir, la suspensión condicional del proceso, mientras que la presunta violación en que incurrió el Juzgado Tercero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Portuguesa, extensión Acarigua, fue haber declarado sin lugar la solicitud de la defensora pública de revocación o sustitución de la Privación Judicial Preventiva de Libertad del acusado.

En consecuencia, lo procedente en el presente caso es declarar inadmisibles las acciones de amparo propuestas por haber incurrido la defensora pública en inepta acumulación (...).”

Ciertamente, esta Sala en diversas oportunidades ha advertido sobre la inadmisibilidad en aquellos casos donde se presenta una acumulación inicial de pretensiones en un mismo libelo, de conformidad con lo expuesto *supra*, por lo que no puede pretenderse que un mismo órgano jurisdiccional resuelva sobre varias denuncias de presuntas violaciones o amenazas a derechos y garantías de orden constitucional que no pueden atribuirse a un solo agravante, pues la diversidad de accionados en amparo acarreará la incompetencia del órgano jurisdiccional para conocer respecto de alguno o varios de ellos (*Vid.* Sentencias N° 1.279 del 20 de mayo de 2003, caso: “*Luis Emilio Ruíz Celis*”, 3.192 del 14 de noviembre de 2003, caso: “*Aurea Isabel Suniaga*” y 3.417 del 8 de noviembre de 2005, caso: “*Javier Nieto Quintero*”).

Ahora bien, resulta oportuno hacer referencia a la sentencia N° 564 del 6 de abril de 2004 (caso: “*Nerio Francisco Cáceres Hernández*”), en la cual esta Sala señaló lo siguiente:

“(...) Como se reseñó, la demanda de amparo constitucional de autos se interpuso contra el Fiscal General Militar, por la supuesta apertura de investigaciones penales contra el ciudadano Nerio Francisco Cáceres Hernández.

Ahora bien, mediante sentencia del 20 de enero de 2000 (caso: Emery Mata Millán), esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia determinó el régimen de competencias aplicable en materia de amparo constitucional a la luz de las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y estableció que corresponde a esta Sala el conocimiento -en única instancia- de las demandas de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que hubieren sido incoadas contra los órganos de origen constitucional y con competencia nacional a que se refiere dicho artículo.

A su vez, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone lo siguiente (...).

Ahora bien, aun cuando la enumeración que realiza el artículo transcrito es enunciativa y no taxativa, en tanto que existen órganos de origen constitucional y competencia nacional a los cuales debe extenderse, necesariamente, la aplicación del fuero especial que establece, en el caso de autos, la parte supuestamente agravante no sólo no se encuentra señalada dentro de la enumeración del referido artículo 8, sino que, además, no le es aplicable dicho fuero especial, en virtud de que no tiene origen constitucional, tal como se desprende de la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Título III del Código Orgánico de Justicia Militar, razón por la que la Sala resulta incompetente para el conocimiento, en primera instancia, del amparo constitucional que encabeza estas actuaciones (...).

Para la determinación del Tribunal competente, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, atributivo de competencia en materia de amparo en razón del grado de la jurisdicción (primera instancia), la materia (afín con la naturaleza del derecho o la garantía constitucional cuya violación se denunció) y el territorio (el lugar donde hubiere ocurrido el hecho, acto u omisión inconstitucional), esta Sala, en atención la situación jurídica que relaciona al presunto agraviado frente al agente supuestamente lesivo, la naturaleza de la amenaza inconstitucional y el lugar donde esta ocurriría, considera que el tribunal competente para el conocimiento del amparo constitucional de autos es la Corte Marcial de la República Bolivariana de Venezuela, que es el tribunal ante el que actúa el funcionario en cuestión (...).”

Siguiendo el criterio de competencia establecido en el fallo señalado *ut supra*, el Fiscal General Militar es una autoridad que no está expresamente incluida en la enumeración de altas autoridades a que hace referencia el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, motivo por el que esta Sala, resulta incompetente para conocer de la pretensión ejercida contra dicho funcionario, aun cuando posee competen-

cia respecto de las actuaciones emanadas de la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar de la República Bolivariana de Venezuela, como quedó expuesto anteriormente, de lo cual deriva la inepta acumulación advertida.

A la luz del criterio expuesto, se concluye que el accionante en amparo incurrió en una inepta acumulación, al ejercer diversas pretensiones en un mismo libelo, dirigidas contra diferentes actuaciones emanadas de un órgano y una autoridad distintos, no relacionadas entre sí y cuyo conocimiento corresponde a diferentes tribunales, por lo que resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibile la acción de amparo constitucional ejercida por inepta acumulación. Así se decide.