

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2011

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. *Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales.* A. Libertad Personal: Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad. B. Libertad de expresión. C. Derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta.
2. *Derechos Laborales.* A. Derecho al Salario: Inembargabilidad. 3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación.* 4. *Derechos de los Pueblos Indígenas.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional.* A. Competencias del Poder Nacional. B. El Poder Legislativo Nacional: Inmunidad Parlamentaria. C. El Poder Judicial. a. Administración de Justicia: Cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho. 2. *El Poder Municipal: Privilegios y Prerrogativas procesales.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Nulidad.* A. Medidas Cautelares. 2. *El Contencioso Administrativo contra la Abstención o Carencia de la Administración.* A. Procedimiento. 3. *Recurso Especial de Juridicidad.*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad.* A. Competencia. B. Medidas Cautelares. 2. *Acción de amparo constitucional.* A. Competencia. B. Condiciones de admisibilidad. 3. *Legitimación en los casos de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Responsabilidad Patrimonial del Estado

TSJ-SPA (962)

6-10-2010

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Ángel Esteban Millán Aguilera y Orlando Millán Rodríguez vs. República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye una de las garantías de las que dispone el ciudadano frente éste, en orden a la obtención de las correspondientes indemnizaciones en aquellos supuestos en que la actividad estatal ha lesionado su esfera jurídica, teniendo presente la debida ponderación o prudencia al momento de excluir los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

.....Establecidos los términos de la controversia, debe esta Sala Político-Administrativa señalar que **la responsabilidad del Estado** constituye una garantía fundamental, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho proclamado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así ha sido reconocido de forma expresa en distintas disposiciones del Texto Fundamental; entre ellas, el artículo 6, referido a los Principios Fundamentales, el cual prevé que: “...*el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables...*”. Asimismo, el artículo 140 dispone que: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública*”.

De la misma forma, su Exposición de Motivos hace referencia expresa a la obligación directa que tiene el Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.

Como puede observarse, la Constitución de 1999 no califica el “*funcionamiento*” de la Administración susceptible de originar responsabilidad, por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que tienen cobertura constitucional tanto aquellos casos en los que la lesión deriva de un funcionamiento “*anormal o ilícito*” de la Administración, como los supuestos en los cuales el perjuicio resulta de una actuación “*normal o lícita*”.

Partiendo de allí, se han distinguido dos (2) grandes tipos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a saber: *i*) la responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal, y *ii*) la responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal o por sacrificio particular.

Se trata de un régimen de responsabilidad pública “*patrimonial e integral*”, que comprende ambos sistemas, los cuales, han sido reconocidos por esta Sala Político-Administrativa, en los siguientes términos:

“...el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado dispuesto en el mencionado artículo 140 de la Constitución, al referirse a la responsabilidad derivada del ‘funcionamiento’ de la Administración, lo hace respecto al funcionamiento normal como anormal, es decir, lo determinante, como se ha expuesto, es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal, como se ha indicado”. (Vid. Sentencia N° 01013, publicada el 31 de julio de 2002, caso: *Marbelis María Borges Borges vs. BAUXILUM*). (Negrillas de la Sala).

Del mismo modo la Sala, mediante sentencia N° 01175 del 1° de octubre de 2002, caso: *Complejo Industrial del Vidrio, C.A.*, estableció que:

“(…) el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, ‘a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública’, lo cual implica la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados, no distinguiendo la norma citada si dichos daños se han producido por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, a los fines de su deber de repararlos”.

Finalmente, en este orden de ideas valga destacar que en los fallos dictados el 27 de noviembre de 2001 y 10 de abril de 2002, casos: *Consortio Inversionista Fabril vs. La República* y *Augusto Nunes Reverendo vs. CADAFFE*, respectivamente, este Órgano Jurisdiccional reiteró su criterio expresando que la Administración está obligada a la reparación en toda circunstancia, esto es, tanto por su actuación ilegítima, lo cual resulta obvio, como también cuando en el ejercicio legítimo de sus cometidos ocasiona daños a los administrados. De tal modo, refirió:

“[Que] la Administración está obligada al resarcimiento en toda circunstancia: sea por su actuación ilegítima; o bien porque en el ejercicio legítimo de sus competencias genera daños a los administrados. En consecuencia, la actividad de la Administración, manifestada a través de cualquiera de sus instituciones mediante las cuales gestiona la prestación de servicios públicos, debe siempre resarcir a los particulares, si por el resultado de su actuación se fractura el equilibrio social, alterando la necesaria igualdad que debe prevalecer entre los ciudadanos ante las cargas públicas, denominado por la doctrina responsabilidad sin falta o por sacrificio particular; o porque en virtud de la misma gestión pública, el daño se produce como resultado de un funcionamiento anormal de la Administración”. (Línea de pensamiento expuesta de forma más reciente, entre otras, en sentencias N° 005819 y 01370 de fechas 5 de octubre de 2005 y 30 de septiembre de 2009, casos: *Douglas Olivieri Leiva vs. ELEORIENTE* y *Leonel Gutiérrez vs. ELEOCCIDENTE*).

Partiendo de lo expuesto, no cabe duda que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado supone la obligación de reparar un daño o un interés protegido, causado por una acción u omisión del órgano o ente público, independientemente de que tales actuaciones sean desplegadas conforme a derecho o contraviniendo normas jurídicas, con lo cual resulta necesario que dicho hecho dañoso sea atribuible a la Administración y exista una relación de causalidad.

Visto así, compete a esta Sala constatar la concurrencia de las tres (3) condiciones que exige la jurisprudencia contencioso-administrativa para que proceda la responsabilidad patrimonial, las cuales deben ser probadas fehacientemente a fin de declarar procedente la pretensión de los demandantes. Tales elementos son: i) la existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución patrimonial, ii) una actuación u omisión que le sea atribuible a la Administración, y iii) la relación de causalidad, esto es, el nexo causal que vincule la actuación u omisión de la demandada con la producción del daño que se denuncia.

Así, aplicando los principios antes enunciados al caso que nos ocupa, la Sala observa:

Con relación a la muerte del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, esta Sala debe precisar que la representación judicial de la República no desconoce el fallecimiento acaecido, ni que éste haya obedecido a causas distintas a las señaladas *ut supra*, por el contrario, establece expresamente, en los respectivos escritos de contestación a la demanda y observaciones escritas al acto oral de informes, lo que sigue:

“i.1) En consecuencia, se puede inferir, que en el caso bajo análisis estamos en presencia por una parte, de actos administrativos inherentes al ejercicio de la función pública, y por la otra la ejecución de hechos delictivos cometidos en el ejercicio de las atribuciones que le son propias a los funcionarios policiales inculcados, por haber incurrido en un hecho punible como el homicidio (...).

i.2) De lo anterior se evidencia, que no es competencia de los órganos policiales ni está establecido en ningún reglamento de los Cuerpos de Seguridad del Estado, ni mucho menos es una función inherente a su actividad la de llevarse detenida a alguna persona sin orden de la Fiscalía o Juez para luego torturarlo y causarle la muerte, con el agravante, de querer desvirtuarla, alegando para justificar su muerte, que lo encontraron en la vía pública, con un ataque al corazón (...).

i.3) (...) la muerte del familiar, se produce a consecuencia de torturas perpetradas por los ex-agentes policiales adscritos a la Delegación del entonces CTPJ de Cumaná, Estado Sucre, quienes actuando (...) de manera innoble, de mala fe y de motus proprio y fuera del rango de las atribuciones otorgadas por la ley y el Estado, como funcionarios al servicio público, le originan la muerte, razón por la cual no puede afirmarse que se encontraban en el cumplimiento de sus funciones (...).”

Por lo descrito, estima este Órgano Jurisdiccional que no existe necesidad de efectuar un análisis de las pruebas traídas por las partes al proceso con el objeto de acreditar el deceso del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, por no ser éste un hecho controvertido.

Tampoco constituye un hecho controvertido entre las partes, el daño causado en la esfera afectiva o espiritual (no así en lo que concierne a los daños materiales reclamados) del padre del occiso por la trágica desaparición física de su ser querido, pues la propia representación de la República aduce que *“En el caso bajo análisis (...) se (...) produce la lesión en los bienes y derechos de una determinada persona, sufrida por el ahora demandante con ocasión de la muerte de su hijo (...), el cual además de otras circunstancias de índole humana debido al dolor que obviamente generó su pérdida (...).”*

Mas, sin embargo, sostiene que su representada no es responsable por estos daños, pues derivan de la *“(...) conducta delictual de los funcionarios indiciados, que en materia civil y penal les corresponden, por haber sido ejecutados con dolo, alevosía y ventaja, prevaleciéndose de la investidura de funcionarios policiales”*, insistiendo, además, en que *“(...) la supuesta falta cometida (...) en cabeza del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, sería inexistente, pues tal y como lo afirman los demandantes en su escrito libelar, la muerte del familiar, se produce a consecuencia de torturas perpetradas por los ex-agentes policiales adscritos a la Delegación del entonces CTPJ de Cumaná, Estado Sucre, quienes actuando (...) de manera innoble, de mala fe y de motus proprio y fuera del rango de las atribuciones otorgadas por la ley y el Estado, como funcionarios al servicio público, le originan la muerte, razón por la cual no puede afirmarse que se encontraban en el cumplimiento de sus funciones y por lo tanto dichas causas no son imputables a la Administración”*.

Por tal razón, para conocer si el Estado venezolano ostenta responsabilidad patrimonial frente a los daños que se le imputan, debe esta Sala determinar la procedencia de los alegatos

expuestos por la demandada, los cuales atienden fundamentalmente a la inexistencia de una actuación atribuible a la Administración recurrida y el nexo causal que debe existir entre ella y el daño. En ese orden, cabe destacar lo siguiente:

Como quedó apuntado antes, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala Político-Administrativa el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución vigente, “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública” lo cual implica la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados, no distinguiendo la norma citada si dichos daños se han producido por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, a los fines de su deber de repararlos.

Del mismo modo, el supra citado artículo 140 establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra -a su vez- complementada, entre otras disposiciones, por los artículos 30 y 259 constitucionales relativos a la obligación del Estado “de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios”, y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”, así como para “conocer de reclamos por la prestación de servicios público”. (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, sin menoscabo de lo expresado *supra*, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, esta Sala estima oportuno precisar como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que no será resarcible el daño cuyo objeto indemnizatorio comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los afectados, de manera que no todo daño causado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración debe ser reparado, debiendo determinarse en cada caso, la procedencia de la reclamación atendiendo a las indicaciones antes expuestas. (Véase *Revista de Derecho Público* N° 121, sentencia de esta sala N° 206 del 4-3-2010, p.127 y ss).

Debe señalarse además, que la noción de responsabilidad de la Administración, admite límites y que tales límites derivan de las eximentes de responsabilidad que consagra el derecho común, que no pueden ser soslayadas pues atienden a la responsabilidad general por hecho ilícito, como son las constituidas por la falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, (Véase *Revista de Derecho Público* N° 112 sentencia de esta sala N° 1693 del 17-10-2007, p. 449 y ss.)

Conforme a lo expuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado constituye una de las garantías de las que dispone el ciudadano frente éste, en orden a la obtención de las correspondientes indemnizaciones en aquellos supuestos en que la actividad estatal ha lesionado su esfera jurídica, teniendo presente la debida ponderación o prudencia al momento de excluir los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

De todo lo anterior, se pueden extraer, entonces, contrario a lo esgrimido en tal sentido por la representación judicial de la accionada, las siguientes conclusiones aplicables al caso *sub iudice*:

i) La consagración con rango constitucional de un régimen amplio e integral de responsabilidad patrimonial del Estado, constituye una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades;

ii) El reconocimiento constitucional de la responsabilidad del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 del Texto Fundamental;

iii) A los efectos de la responsabilidad de la República, los hechos culposos o dolosos de los agentes policiales no pueden considerarse desvinculados con el servicio especial de policía que prestan, cuando precisamente ese servicio haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito y la producción de sus consecuencias perjudiciales;

iv) La existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concorra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración;

v) La relevancia del derecho fundamental lesionado (derecho a la vida) reconocido en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional, permite atender al contenido de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros, instrumentos internacionales que lo consagran.

vi) El respeto del derecho humano fundamental a la vida exige a todos los órganos del Poder Público, incluyendo los del Poder Judicial, orientar su actuación no sólo a garantizar la integridad de la vida de las personas, sino también a asegurar y garantizar que el Estado responda e indemnice los daños que en violación de ese derecho hubiere causado.

Circunscritos al caso de autos, partiendo de las premisas antes expuestas esta Sala observa que del análisis del acervo probatorio se desprenden elementos suficientes que la llevan a la convicción de que el hecho dañoso (homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez) fue ejecutado por los agentes involucrados valiéndose y aprovechándose de los medios, instrumentos y poderes que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba, y a propósito de una actividad que formalmente suponía el ejercicio pleno de sus funciones.

Así, del estudio exhaustivo de las copias certificadas del expediente N° 4E2741/02, nomenclatura del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda con sede en Los Teques, cursantes del folio cuarenta y cinco (45) al trescientos cincuenta y dos (352) del expediente judicial, el cual contiene: *i)* Actas de audiencias de juicio llevadas a cabo los días 18 de junio, 1 y 2 de julio todos del año 2002 ante el Juzgado Mixto Primero de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, contra los acusados Raúl Ernesto Antón Astudillo, Camilo Ernesto León Figueroa, Lenin Miguel Yegres Núñez, William Antonio León Aponte y Carlos Javier Rodríguez, todos funcionarios del entonces Cuerpo Técnico de Policial Judicial (CTPJ); *ii)* Sentencia definitiva publicada el 29 de julio de 2002 por el Juzgado Mixto Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Esta-

do Miranda, en la que se les condena a los prenombrados, como autores y partícipes del homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez; *iii*) Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Estado Miranda el 30 de mayo de 2003; *iv*) Decisión de fecha 2 de noviembre de 2004 emanada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estas últimas confirmatorias de las condenas impuestas a los ciudadanos Camilo Ernesto León Figueroa y Lenin Miguel Yegres Núñez, por el delito de homicidio calificado con alevosía y por motivos fútiles, en grado de complicidad correspondiente en perjuicio de Francisco José Millán Rodríguez; y *v*) Autos de ejecución de fecha 1 de abril de 2005, correspondientes a los ciudadanos Raúl Ernesto Antón Astudillo y Camilo Ernesto León Figueroa; queda acreditado fehacientemente en autos:

Que los agentes involucrados, llevando a cabo actuaciones investigativas que eran propias de sus funciones policiales se sirvieron del vehículo que era propiedad del Estado para trasladar al ciudadano Francisco José Millán Rodríguez -bajo el argumento de encontrarse implicado en el supuesto rapto de una niña- desde su sitio de trabajo (Hospital Universitario “Antonio Patricio de Alcalá”), al lugar donde fue hallado muerto la madrugada del 5 de febrero de 2000, vale decir, las propias instalaciones de la Delegación del entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.), situado en Cumaná, Estado Sucre.

Tales circunstancias se reflejan, especialmente de las copias certificadas de las actas de audiencia de juicio celebradas ante el Tribunal Mixto Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda con sede en Los Teques los días 18 de junio y 1° de julio de 2002, que constan del folio cuarenta y ocho (48) al noventa y ocho (98) del presente expediente, de las cuales se leen:

“**i.1**) Se hace pasar a la sala al testigo promovido por la Fiscalía MIGUEL ANTONIO CASTILLO quien dijo (...) ser titular de la cédula de identidad N° 8.435.394, sargento segundo (...) [de] la Comandancia General de la Policía del Estado Sucre, destacado en el hospital (...) quien seguidamente expone: Yo me encontraba de guardia el 4-2-2000 en el hospital cuando llegaron los 2 funcionarios de PTJ buscando a Millán, le dijeron que los acompañara el se dirigió a la patrulla y se montó voluntariamente, el día 5-2 el otro compañero que tenía el tercer grupo como a las 6:05 a.m. me dijo que había ingresado el señor Millán a la morgue (...) estaba en interiores tenía en las manos como la señal de unas esposas, en la frente y como en la piel unas heridas (...). Interroga el Fiscal del Ministerio Público DIGA usted recuerda el nombre de los funcionarios que fueron a buscar al ciudadano FRANCISCO MILLÁN al hospital. CONTESTO: los nombres no los recuerdo pero si los veo los reconozco, OTRA están en la sala CONTESTO: si e identifica a los ciudadanos: JESÚS RAMÓN SALAZAR FIGUEROA y ANTÓN RAÚL. OTRA diga el testigo como a que hora se llevaron los policías al ciudadano FRANCISCO MILLÁN CONTESTO: como a las 8 a 8:30p.m. OTRA: después que los funcionarios de la PTJ se llevaron a Millán cuando lo volvió a ver. Contesto: en la mañana al otro día estaba acostado en la camilla (...).

i.2) (...) se le concede la palabra a la Dra. CYNTHIA GONZÁLEZ en su condición de defensora de los ciudadanos CARLOS RODRÍGUEZ y RAÚL ANTÓN ASTUDILLO (...). Si recordamos los testimonios de los testigos, los testigos ofrecidos por la Fiscalía, sólo concluiremos que ANTÓN se trasladó al Hospital Patricio Alcalá junto con JESÚS SALAZAR y le pidió al ciudadano FRANCISCO MILLÁN que lo acompañara a la sede de la delegación eso está demostrado (...) que procedieron a solicitarle a FRANCISCO JOSÉ MILLÁN que lo acompañara a fin de realizarle una entrevista, que no iba detenido (...). JESÚS SALAZAR Y RAÚL ANTÓN estaban de comisión y fueron a llevar a la menos YAMILETH ROJAS a su casa, también quedo demostrado que éste estuvo realizando varias inspecciones, por cuanto se recibieron varias denuncias, RAÚL ANTÓN ASTUDILLO lo lleva del hospital a la delegación (...) mi defendido RAÚL ANTÓN ASTUDILLO cumplió órdenes en todo momento, él va al Hospital y le pide que lo acompañe (...) cumplió con su deber siempre hizo una labor investigativa, hubo un presunto rapto, una denuncia por una persona de nombre Patiño se hizo la investigación él cumplió con un deber (...).

i.3) Seguidamente la ciudadana Juez Presidente del Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 360 del Código Orgánico Procesal Penal, preguntó a los acusados si tienen algo más que manifestar preguntando al ciudadano YEGRES NÚÑEZ LENIN quien manifestó querer declarar (...). En horas de la tarde 4-2-00 se presentó un ciudadano JAIRO LUIS PATIÑO diciendo que iba a formular una denuncia sobre la desaparición de una niña del Hospital Central de esa ciudad, se tuvo conocimiento que una menor de nombre (...) había visto a un camillero llevar en sus brazos a una niña por el sector de la morgue en horas de la madrugada. Llevaron a la menor (...) a la delegación cuando la estaban entrevistando vio pasar a FRANCISO MILLÁN dijo que era el camillero que llevaba en sus brazos al recién nacido, se le notificó al comisario Sergio Castillo y este dijo que lo pusiera a la orden del Fiscal que estaba de guardia, la Dra., CARMEN ALVIAREZ al no ser ubicado se ubicó al Fiscal Tercero FRANCISCO MOLINA y dijo que lo dejaran allí hasta el otro día (...). Seguidamente la ciudadana Juez Presidente del Tribunal le preguntó al ciudadano ANTÓN ASTU-DILLO RAÚL si desea agregar algo más (...) dijo: El día 4-02-00 yo me trasladé a la sala técnica a decirle al funcionario JESÚS SALAZAR, que por orden de Carlos Rodríguez nos trasladáramos al Hospital Patricio de Alcalá, ya que se había presentado un ciudadano a la PTJ de Cumaná formulando una denuncia sobre del rapto de una niña, previo conocimiento del jefe de guardia salgo en compañía de JESÚS SALAZAR a realizar la primeras diligencias en cuanto al hecho que se estaban suscitando (...) fuimos al Hospital en compañía de Jesús (...) Millán se montó atrás de la patrulla de lo más normal, llegamos con el a la PTJ lo sentamos en la silla de espera (...). (Sic). (Mayúsculas del original).

- Que los funcionarios Comisario Sergio Castillo Gutiérrez (Jefe del Despacho), Sub-Comisario Carlos Díaz López, Inspectores Jefes Rubén Figueroa y William Rodríguez, además, los agentes policiales Carlos Rodríguez, Jesús Salazar, Camilo León, Raúl Antón, William León, Gustavo Suárez y Lenin Yegres, adscritos a la Delegación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.) en Cumaná, Estado Sucre, efectuaron una inspección ocular en la que dejaron constancia del lugar de hallazgo del cadáver, la posición del mismo, su indumentaria, sumado a la presencia de las esposas en la mano derecha, las cuales se encontraban sujetas de uno de los barrotes de la celda (denominada “sala de espera”) situada en dicha sede policial.

Ello se desprende del cúmulo de copias certificadas de las actuaciones judiciales enumeradas *supra*, y fundamentalmente, del acta de juicio de fecha 18 de junio de 2002, cursante del folio cuarenta y cinco (45) al cincuenta y nueve (59) del expediente judicial, de cuyo texto puede leerse el siguiente extracto:

“i.1) En consecuencia se acuerda continuar con la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes y conforme al artículo 353 del Código Orgánico Procesal Penal se hace pasar a la sala al ciudadano: HELME JOSÉ RIVERO RODRÍGUEZ quien dijo (...) ser titular de la cédula de identidad N° 4.683.911, médico forense trabaja en la Medicatura Forense de Cumaná (...), pregunto el representante del Ministerio Público (...) CONTESTO: Se hizo el levantamiento del cadáver el día 5-2-00 en la sala de espera de la delegación de Cumaná, el cual estaba adherido a la reja, estaba cianótico, había poca luz, espere que llegara la comisión a las 3 o 4^a.m. lo sacamos afuera fue cuando le observe equimosis clavicular, contusión en el pómulo derecho, contusión en la región costal derecha, heridas puntiformes en la región lumbar derecha, escoriación en la muñeca derecha, rodilla derecha y los dos tobillos (...). OTRA Diga el experto puede indicar la hora aproximada de la muerte CONTESTO: 1:00 a.m. del día 5-2-00 (...). OTRA A qué hora llegó a la Comisaria CONTESTO: A las 2:30 a.m. OTRA que funcionario lo llamó CONTESTO: por teléfono, le dije que yo no estaba de guardia. OTRA lo busco una comisión CONTESTO: recuerdo A Antón. OTRA Al llegar quienes estaban en el sitio. CONTESTO: ANTON, el Comisario SERGIO CASTILLO y GUSTAVO OTRA Diga el experto cuando hizo el levantamiento del cadáver donde lo hizo. CONTESTO: en la sala de espera (...). OTRA Diga el experto usted se negó a firmar un acta

levantada por los funcionarios de la delegación CONTESTO: Me llamó la Fiscalía y me negué a firmarla porque había observado unas lesiones (...)". (Sic). (Mayúsculas del original).

- Que luego de efectuarse la referida inspección ocular los agentes policiales Raúl Antón Astudillo y Jesús Salazar trasladaron el cuerpo del occiso a la morgue del mencionado Hospital, aludiendo -según algunas testimoniales evacuadas en el desarrollo del proceso penal que son referidas por el Tribunal Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda en el acta de cierre de juicio del 2 de julio de 2002 y la sentencia condenatoria publicada en fecha 29 de julio de ese mismo año- que había sido encontrado muerto en la calle como consecuencia de un infarto. De ello, esta Sala considera que no queda duda respecto a que esos agentes también se sirvieron de su posición dentro del organismo policial con el fin de establecer tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones.

Tales circunstancias, por consiguiente, constituyen en criterio de este Órgano Jurisdiccional razones más que suficientes para afirmar que el hecho dañoso cometido por los agentes públicos involucrados no estuvo desvinculado con el servicio de policía del cual formaban parte, a cuya prestación con parámetros medios de calidad estaba obligada la Administración, esto es, que aunque ajenos a los nobles y valiosos propósitos que deben guiar al agente policial, los funcionarios policiales en comentario actuaron investidos de sus funciones, con lo cual debe el Estado responder por funcionamiento anormal de la Administración .

Visto así, a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Político-Administrativa concluye que se verifican, concurrentemente, una actuación atribuible a la accionada y la relación de causalidad o nexo causal que vincula a esa actuación con el daño producido, por lo que el Estado venezolano sí resulta responsable por los daños derivados del homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, cometido por agentes de policía entonces adscritos a la Delegación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.), hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.). Así se declara.

TSJ-SPA (1072)

3-11-2010

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Carlos Rafael Quevedo Herrera vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte.

La Sala Político Administrativa reitera su jurisprudencia en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las garantías de las cuales dispone el ciudadano.

.....Conforme a lo expuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado es una de las garantías de las cuales dispone el ciudadano, en orden a la obtención de las indemnizaciones cuando la actividad administrativa ha lesionado su esfera jurídica, debiendo tener presente el Juzgador la debida ponderación o prudencia al momento de revisar las eximentes de la responsabilidad. De no ser tomados en cuenta estos límites se crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad para la Administración Financiera del Estado.

Así pues, contrario a lo esgrimido por la representación judicial del Instituto accionado, se pueden extraer las siguientes conclusiones aplicables al caso *sub iudice*:

a) La consagración constitucional de un régimen amplio e integral de responsabilidad administrativa como una manifestación indudable de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el cual la Administración a pesar de sus prerrogati-

vas pueda ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades;

b) El reconocimiento constitucional de la responsabilidad del Estado derivada de los artículos 30 y 140 de la Carta Magna no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 del Texto Fundamental;

c) A los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, los hechos culposos o dolosos de los agentes policiales no pueden considerarse desvinculados del servicio de policía por ellos prestados, cuando precisamente en virtud de tal actividad se hayan creado las condiciones para la realización del hecho ilícito y la producción de sus consecuencias perjudiciales;

d) La existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concurra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo, compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración;

e) De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Carta Fundamental, los Tratados Internacionales reconocidos por la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional, razón por la cual se debe atender al contenido de la Convención Americana de los Derechos Humanos, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

f) El respeto del derecho humano fundamental a la vida exige a los órganos del Poder Público, incluyendo al Poder Judicial, por una parte, orientar su actuación a fin de garantizar la integridad de las personas y, por la otra, asegurar la responsabilidad del Estado en la indemnización de los daños producidos por la violación de tal derecho. (Vid. sentencia N° 00962 de fecha 6 de octubre de 2010, *caso: Ángel Esteban Millán Aguilera y Orlando Millán Rodríguez, contra la República Bolivariana de Venezuela*).

Ahora bien, en el caso de autos los hechos dañosos fueron ejecutados por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, adscritos al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, valiéndose de los medios e instrumentos inherentes a su condición de prestadores del servicio de policía.

En efecto, en la sentencia de fecha 18 de julio de 2003 dictada por la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, antes transcrita, se dejó sentado que *“la lesión que sufriera el ciudadano CARLOS QUEVEDO en la cabeza, fue producto del disparo ocasionado con un revólver calibre 38 empuñando las dos manos, encontrándose en el área de reseña, durante la guardia que realizaban los funcionarios CHIRINOS, MARCHAN Y AGUIRRE, el día 28 de octubre de 2000 en los calabozos de la sede de la Policía de Caracas”*.

Tales circunstancias constituyen, en criterio de este Máximo Órgano Jurisdiccional, razones suficientes para considerar la actuación de los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, como un hecho dañoso vinculado al servicio de policía del cual formaban parte; pues aunque ajenos a los nobles y valiosos propósitos inherentes al deber de cualquier agente policial, dichos ciudadanos actuaron investidos de las funciones que para entonces desempeñaban dentro del ente demandado, razón por la cual se verifica en el caso bajo examen una actuación (*funcionamiento anormal*) atribuible al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital. Así se declara.

De la relación de causalidad.

Observa la Sala, que a los fines de atenuar o mitigar en este proceso los efectos de los hechos antes verificados la apoderada judicial del Síndico Procurador del Municipio Bolivariano Libertador, señala en su escrito del 9 de mayo de 2007, a los fines de valorar la responsabilidad de su representado en el incidente o acto ilícito generador del daño, que se debe ponderar el hecho de que el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera “...*fue reconocido por sus victimarios como el autor material de la muerte de un funcionario de la Policía de Caracas*”.

Asimismo, sostiene la apoderada judicial del Síndico Procurador del Municipio Bolivariano Libertador, que “...*se desconoce la conducta de la víctima, es decir, se omite el señalamiento del porque (sic) fue aprehendido el reclamante, bajo que (sic) circunstancias y porque (sic) presentaba ese estado de abstracción, cuando fue detenido en fecha 26/10/2000, bajo que (sic) condiciones físicas y psíquicas se encontraba*”, con lo cual pretende que se atenúe o exima de responsabilidad al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte, adscrito al Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, específicamente en lo que atañe a la actuación de los funcionarios policiales Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina por su participación en los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2000.

Al respecto, se evidencia del *Informe Médico* de fecha 2 de noviembre de 2009, elaborado por la Dra. Rosalba Méndez, médico psiquiatra de la Unidad Nacional de Neuropsiquiatría “*Dr. Jesús Mata de Gregorio*”, consignado en el expediente con la finalidad de cumplir con lo señalado en el auto para mejor proveer N° AMP-070 dictado por esta Sala el 5 de agosto de ese mismo año, que el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera es un paciente regular que fue evaluado por primera vez en dicha institución “*el 07-10-2000 por emergencia y posteriormente en consulta externa con Diagnóstico: TMO (F.06)*”, sin recibir tratamiento farmacológico.

Igualmente, indica la prenombrada profesional que desde el 6 de abril de 2009 el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera, “*asiste a [su] consulta de forma regular cumpliendo tratamiento farmacológico indicado. Actualmente se encuentra compensado*”. (Destacado de esta Sala).

De lo antes señalado se desprende que para la fecha en la cual ocurrió el incidente, esto es, el 28 de octubre de 2000, el demandante se encontraba asistiendo a consultas psiquiátricas.

...No obstante lo anterior, debe resaltar la Sala que el presunto “estado de abstracción” del ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera en los sitios antes mencionados, esto es, al momento de su detención, el cual no fue calificado de violento o agresivo por algún funcionario policial, así como la circunstancia de haber sido identificado “como el autor material de la muerte de un funcionario de la Policía de Caracas”, -señalamientos que no han sido probados- y, finalmente el hecho de estar asistiendo a consultas psiquiátricas, no pueden ser considerados como causales eximentes o atenuantes de la responsabilidad de la Administración Pública por los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2000, pues la obligación de los funcionarios policiales Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, era resguardar la integridad física del demandante en su condición de detenido bajo la custodia de autoridades policiales. En consecuencia, quedan desechados tales argumentos. Así se declara.

En razón de lo antes señalado, se evidencia en el asunto bajo análisis la relación de causalidad entre los hechos dañosos ejecutados por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, adscritos al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, y los daños ocasionados al ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera.

En consecuencia, verificada como ha sido en el caso bajo estudio una actuación atribuible a la parte accionada y la relación de causalidad entre esa actuación y el daño producido; esta Sala a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que el Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, es responsable por los daños derivados de las lesiones sufridas por el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera, ocasionadas en fecha 28 de octubre de 2000 por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, para la época adscritos a dicha institución. Así se decide

II. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales*

A. *Libertad Personal: Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad*

TSJ-SC (1165)

19-11-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Antonio José Castellano Rincón

La Sala ratifica que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal es contraria al derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 44 constitucional.

Precisado lo anterior, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la presente revisión, en atención a que el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el contenido de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil que debía cumplir el ciudadano Antonio José Castellano Rincón, a cuyo efecto observa lo siguiente:

La decisión dictada por el referido Tribunal Segundo en funciones de Ejecución adquirió el carácter de definitivamente firme según se observa en el folios 9, 10 y 12 del expediente, lo que permite a esta Máxima Instancia Constitucional determinar si dicho pronunciamiento es contrario o no a la interpretación uniforme de la Sala y a la aplicación de normas y principios constitucionales. La firmeza de lo decidido se verifica del oficio N° 338-10 que emitió el señalado juzgado de ejecución, el 21 de enero de 2010, mediante el cual remitió copia certificada de la decisión para que esta Máxima Instancia Constitucional realizara la revisión prevista en el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, relativos a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, la Sala inicialmente sostuvo (*Vid.* Sentencias números 3268/2003, 424/2004 y 952/04, entre otras) lo siguiente:

“[...] En ese sentido se colige que el Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, motivó la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, en la consideración de que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia, viola el ‘...derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de la dignidad...’ de los penados.

Sobre este particular, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2, disponen que nadie sea objeto de ataques ilegales a su honra y reputación. La Sala considera que resulta importante, por tanto, establecer algunos alcances sobre lo que se entiende por cada uno de estos derechos, y diferenciar ambos conceptos del honor, pues son términos que se emplean frecuentemente de manera conjunta debido, precisamente, a que se encuentran estrechamente relacionados.

Desde esta perspectiva se debe señalar, en primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculada a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar de la persona, las cuales incluyen la imputación de delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público.

De lo anterior, se evidencia que la sujeción a la vigilancia de la autoridad en forma alguna constriñe el derecho al honor y a la protección de la honra, ya que la aludida pena accesoria no denigra ni deshonor a los penados, únicamente mantiene sobre éstos, una forma de control por un período determinado.

En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3, establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapariciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. *eiusdem*).

Ahora bien, en vista de lo expuesto, la Sala considera que imponer a los penados la obligación de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde residan o por donde transiten de su salida y llegada a éstos, no constituye en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante. Como se dijo con anterioridad, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es un mecanismo de control sobre el reo para evitar que cometa nuevos delitos.

Sostener que esta pena accesoria infringe los derechos humanos y el orden constitucional es tanto como sostener que la principal (presidio o prisión) también, pues aquella no es sino una parte de ésta.

Finalmente, en cuanto al señalamiento de que ‘...la Institución está en desuso toda vez que debemos tomar en consideración que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas, en las cuales existen varios Jefes Civiles, de manera que resulta imposible que éstos pueden ejercer ningún tipo de control sobre los penados que están sometidos a la sujeción de vigilancia.’, la Sala observa que el artículo 7 del Código Civil establece que ‘Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean’.

Se acota, que se trata, simplemente, del cumplimiento de una pena accesoria que devino de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera algún derecho constitucional.”

Ciertamente, la Sala había considerado que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad prevista en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, no lesionaba el derecho al honor y a la protección de la honra, por cuanto dicha pena accesoria lo que materializa es una “*forma de control por un periodo determinado*”; aunado a que la misma no tenía carácter denigrante o infamante, sino que evitaba que los reos cometieran nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no transgredía derecho constitucional alguno.

No obstante ello, la Sala mediante decisión N° 940 del 21 de mayo de 2007, recaída en el caso: *Asdrúbal Celestino Sevilla*, reinterpreto, tal como lo señaló el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, el criterio sostenido respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, cambió dicho criterio y determinó que los referidos artículos son contrarios al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, en dicho fallo se precisó:

“De acuerdo al contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la libertad es un derecho inviolable; asimismo, consagra dicha norma que toda persona tiene derecho a estar en libertad, a menos que exista una decisión judicial que provea lo contrario o sea capturada *in fraganti* en la comisión de un delito. Ese derecho a la libertad personal, es un derecho intrínseco de la persona y se puede concluir, que es el derecho más importante después del derecho a la vida.

Sin embargo, el derecho a la libertad, no es un derecho absoluto, toda vez que el mismo puede ser restringido. Esa restricción resulta cuando una persona comete un hecho delictivo y, por disposición legal, debe cumplir una pena privativa de libertad.

Mediante la pena, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos; a pesar de que la pena en sí equivale a la restricción de las libertades públicas que debe soportar el ser humano que es declarado responsable de un injusto punible.

De acuerdo con el contenido del nuestro Código Penal, las penas se clasifican en corporales y no corporales; principales y accesorias.

Las penas corporales son aquellas que restringen la libertad personal de un individuo; y las no corporales restringen otros derechos que no se corresponden con la libertad individual. Por su lado, las penas principales, son aquellas que la ley aplica directamente al castigo del delito, y las accesorias se refieren a las que la ley trae como adherentes a la principal, ya sea en forma necesaria o imprescindible, o en forma accidental.

Entre las penas no corporales encontramos, las siguientes: sujeción a la vigilancia de la autoridad pública, interdicción civil, inhabilitación política, inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo, multa, entre otras. Estas penas accesorias, que se encuentran contempladas en el Código Penal, así como en otros textos penales sustantivos, deben necesariamente ser impuestas conjuntamente con las principales. El juez de Control o de Juicio las aplicará, dependiendo del caso en concreto, velando que las penas accesorias sean las que el legislador penal estableció para cada delito en concreto, como sería la sujeción a la vigilancia de la autoridad, en el caso de que el responsable sea condenado a cumplir la pena principal de presidio o de prisión, dependiendo del delito que se la haya atribuido al responsable de su comisión.

Así pues, encontramos que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad data del ordenamiento jurídico penal de 1863, manteniéndose incólume en los Códigos Penales de 1915 y sus reformas, así como las de 1926, 1964, 2000 y 2005. Dicha pena accesoria se encuentra prevista en los artículos 13, 16 y 22 del Código Penal, los cuales textualmente prescriben:

Artículo 13:

‘Son penas accesorias de la de presidio:

1° La interdicción civil durante el tiempo de la pena.

2°.- La inhabilitación política mientras dure la pena.

3°.- La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que ésta termine’.

Artículo 16

‘Son penas accesorias de la prisión:

1° La inhabilitación política durante el tiempo de la condena.

2° La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta’.

Artículo 22

‘La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión, y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos.’

De modo que, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de presidio y de prisión y persigue un objetivo preventivo, el cual consiste, en teoría, en reinsertar socialmente al individuo. Consiste, como lo establece el artículo 22 anteriormente transcrito, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos. Sin embargo, esta pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, comienza cuando se ha cumplido la pena principal de presidio o de prisión.

Ahora bien, toda pena, ya sea principal, no principal, corporal y no corporal, va a constituir un control social negativo, por cuanto a través de un castigo se sustrae a un sujeto de aquellas

conductas que no son aceptadas por la totalidad de los individuos. Así pues, si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudirse in extremis, pues la pena privativa de libertad en un Estado democrático y social de derecho y de justicia sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de la gravedad del delito, cuya valoración es cambiante conforme a la evolución de las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales importantes en la sociedad en un momento determinado.

Para el derecho penal moderno, es importante que toda pena no sea excesiva, es decir, que no sea abusiva y desmesurada; y ello responde a una exigencia de la justicia, así como de la política criminal. Esa exigencia, no sólo comprende a las penas principales o corporales, sino también debe incluir a las penas accesorias y no corporales, toda vez que todas ellas son consecuencias jurídicas del delito.

Ahora bien, la Sala observa que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. La sujeción a la vigilancia de la autoridad, a pesar de que no es una pena principal, restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal, por lo que la misma, a juicio de esta Sala, se convierte en excesiva.

En efecto, la consecuencia natural del cumplimiento de la pena corporal es que se acuerde la libertad plena. Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, por cuanto debe sujetarse a una pena accesoria que, en fin, se trata de una extensión de hecho de la condena privativa de libertad, pudiendo exceder con creces la privativa de libertad a la pena máxima establecida constitucionalmente en el artículo 44.3 in fine de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ya que en efecto, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, se subordina a un ciudadano, que ya ha cumplido su pena privativa de libertad, a una libertad condicionada, que es una especie de restricción de la libertad, contraria a la libertad plena a la cual tiene derecho el penado una vez cumplida la pena de presidio o prisión.

En efecto, a juicio de la Sala, la sujeción de vigilancia a la libertad (*sic*) obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, lo que equivale a un régimen de presentación que limita, a todas luces, la libertad individual.

Para la Sala, basta el cumplimiento de la pena de presidio o de prisión para justificar la privación de libertad de una persona, el que se restrinja por extensión la libertad plena a través de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es contrario al espíritu del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se insiste, esa extensión de hecho, podría ir más allá de lo establecido en la Carta Magna, respecto al límite que debe tener toda pena que prive, de algún modo, la libertad plena del individuo. En efecto, de acuerdo con el artículo 44.3 *in fine* constitucional las penas privativas de libertad no excederán de treinta años, por lo que, verbigracia, si una persona es condenada a cumplir la pena de presidio por treinta años, no debería -por existir esa limitante y por tratarse de una especie de restricción de libertad-, estar sujeta a un cuarto de la pena bajo la sujeción a la vigilancia de la autoridad, ya que ello se convertiría en una extralimitación de lo señalado en la Carta Magna.

Lo anterior demuestra que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena excesiva, por lo que no cumple con las exigencias del derecho penal moderno.

Además, cabe acotar que el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas desaplicó los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, los cuales prevén la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, al considerar que dicha figura penal ‘...además de estar completamente en desuso, es violatoria a los derechos humanos más intrínsecos del penado’. Adicionalmente, vale otra reflexión.

En la práctica la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de la persona sujeta a la misma; ahora bien, toda vez que su eficacia depende de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, aunado a lo cual debe tomarse en cuenta, tal como lo sostuvo el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas en las cuales existen varios Jefes Civiles, resultando imposible, por lo tanto, que dichos funcionarios pudiesen ejercer algún tipo de control sobre los penados que están sometidos a esa pena accesoria, es lógico concluir que con ella no se hace efectiva la reinserción social del penado.

Esa inutilidad ya ha sido advertida por la Sala, al darse cuenta sobre la inconveniencia de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia a la autoridad, respecto a la figura de los Jefes Civiles, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*). La Sala estableció que:

‘... la figura de la primera autoridad civil del Municipio, que fue el funcionario que el legislador penal de 1926 habilitó, probablemente, de acuerdo con las disponibilidades y concepciones de la época, para el ejercicio del referido control, viene a ser, entonces, el equivalente a la figura actual del delegado de prueba, que se ha desarrollado, fundamentalmente, a partir de la vigencia de leyes penales complementarias como las de Régimen Penitenciario de 1981 (artículo 76), Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, de Libertad Provisional bajo Fianza (artículo 15), de Beneficios en el Proceso Penal (artículo 18) y, por último, el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 496). En el orden de las ideas que acaban de ser expresadas, se concluye que, por virtud de interpretación progresiva del artículo 22 del Código Penal, debe entenderse que el control postinstitucional del penado, incluso la vigilancia a la autoridad a la cual éste haya quedado sometido, de acuerdo con los artículos 13 y 15 *eiusdem*, está a cargo, en primer término, del Juez de Ejecución y el ejercicio efectivo e inmediato de dicho control corresponde al delegado de prueba que será designado por el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con el artículo 497 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras no entre en vigencia la ley que desarrolle el artículo 272 de la Constitución.’

No obstante, esta Sala considera que, a pesar de que la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles fue absorbida jurisprudencialmente por los delegados de prueba, esa solución no ha sido definitiva, en virtud de que ello no ha resuelto la ineficacia de la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por cuanto queda a responsabilidad del penado, que ya cumplió su pena privativa de libertad, acudir a los delegados de prueba, en aquellos casos que transite por varios lugares; resultando iluso el quebrantamiento de la condena previsto en el artículo 262 del Código Penal, que establece una sanción para el incumplimiento de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad; al no existir un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Por lo tanto, al no existir ese mecanismo, la pena accesoria deviene, además de excesiva, en ineficaz”.

Corolario del precedente jurisprudencial transcrito *supra* y como quiera que el presente caso se basó en la última decisión antes citada, mediante la cual se estableció que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal es contraria al derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 44 constitucional; la Sala considera conforme a derecho la desaplicación que efectuara el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, en su decisión N° 520-08 del 28 de julio de 2008. 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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Como quiera que el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia sustentó su desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, –por los cuales, en sus casos, se define la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad y se inserta la misma, como accesoria a la principal corporal de presidio- en la doctrina que estableció esta Sala Constitucional, a través de su veredicto del 21 de mayo de 2007– la cual ratificó, expresamente, en esta oportunidad-, quien suscribe estima que, en el presente juzgamiento, se repiten las mismas razones por las cuales se opuso a la antes referida decisión de esta Sala; por ello, como fundamentación de la actual disidencia, reproduciré los términos bajo los cuales se expresó en el voto salvado que expidió en aquella oportunidad:

En primer lugar, se observa que, a través del veredicto respecto del cual se manifiesta el actual disentimiento, la mayoría de la Sala se adentró en argumentaciones sustanciales que la condujeron a la convicción de inconstitucionalidad y, por ende, de conformidad jurídica de la desaplicación, por control difuso, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal. Ahora bien, estima quien disiente que la Sala debió limitarse, en todo caso, a la confirmación del acto de juzgamiento por el cual se decretó dicha desaplicación, mediante fundamentación que no significara expresión de la convicción, por parte de esta juzgadora, de inconstitucionalidad de dichas normas, porque no debió olvidar la Sala que es suya la potestad del control concentrado, de suerte que su aceptación de que la desaplicación, por control difuso, de una norma subconstitucional, estuvo correctamente afinada en la contradicción de la misma con la Ley Suprema de la República, sería conducente al entendimiento de que tal pronunciamiento tiene efectos *erga omnes* y no sólo para el caso concreto, como debe ocurrir en el control difuso. No es admisible que el órgano jurisdiccional que tiene la potestad del control concentrado de la constitucionalidad manifieste expresamente, como lo hizo en el presente acto decisorio, que una norma legal es contraria a la Ley Máxima, porque está adelantando un dictamen que sólo debería ser expedido mediante la declaración de nulidad de dicha disposición, luego del cumplimiento con las formalidades procesales de Ley.

Ahora bien, como, no obstante que no debió hacerlo, la Sala expidió su propio criterio afirmativo de la inconstitucionalidad de las normas en referencia, quien suscribe estima que es pertinente la extensión de las siguientes consideraciones:

Se afirmó en el acto jurisdiccional que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. Se infiere que, por dicha razón, la Sala concluyó que las normas legales que se examinan adolecían de inconstitucionalidad, habida cuenta de que es ésta el único supuesto de procedencia del control difuso. En este orden de ideas, basta, para la contradicción a dicho aserto, el recordatorio de que la pena debe ser entendida como un concepto único y complejo, el cual incluye tanto la principal como las accesorias. La aceptación del criterio de que, en propiedad, se trata de varias sanciones sería la aceptación de que una persona sería castigable varias veces por la ejecución de la misma conducta delictiva, lo cual estaría, por lo menos, muy cercano a colisión con el principio *non bis in idem* que garantiza el artículo 49.7 de la Constitución. Así las cosas, las penas accesorias de cumplimiento a continuación de la principal no suponen sino la continuación de la sanción única, a través de la fase de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, como se afirmó anteriormente. Por otra parte, aun si se admitiera que las penas accesorias son entidades distintas de la principal, no hay objeción en la doctrina dominante a la ejecución de aquéllas luego del cumplimiento con la segunda. En efecto:

“Pena accesoria. Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas. Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un período limitado posterior a la extinción de la pena principal...” (Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1999, p. 734)

Se advierte que, en todo caso, el ejercicio del control difuso requiere, de parte de quien lo ejerce, que se señale cuál es la norma constitucional que resultó contravenida por la inferior

y, en segundo lugar, que se expresen los fundamentos bajo los cuales se arribe a la convicción de dicha antinomia. La Sala afirmó que la sanción era, a su juicio, excesiva, pero no señaló por qué lo era, vale decir, no fundamentó tal criterio, lo cual era esencial, no sólo por la obligación legal, a cargo de los juzgadores, de motivación de sus juzgamientos, sino porque, en este asunto, ello era esencial para el arribo a la conclusión de que, por razón de tal exceso, la norma que se desaplicó era contraria a la Constitución. Adicionalmente, tampoco indicó esta Sala cuáles derechos fundamentales resultan afectados por la sanción excesiva que supone la vigencia de la referida pena accesoria. ¿Entonces cuál fue la razón constitucional para la desaplicación de esta última, por un control difuso que sólo es procedente contra normas subconstitucionales que sean contrarias a la Ley Suprema?

Adicionalmente, en el acto decisorio se expresó que la pena accesoria en cuestión era inconstitucional porque contrariaba al artículo 44 de la Constitución. Recordatorio aparte de que dicha norma no proscribía, de manera absoluta, que la Ley contenga disposiciones que restrinjan la libertad personal, se advierte que tal afirmación resulta franca y absolutamente incomprensible para quien conciba la pena –según lo hace la doctrina dominante y se afirmó antes como un concepto único y complejo que comprende tanto la sanción principal como sus correspondientes accesorias, ya que, en tal sentido, resulta de fácil entendimiento que la limitación temporal que establece el artículo 44.3 de la Constitución y desarrolla el artículo 94 del Código Penal no resultaría vulnerado si, como consecuencia del cómputo de la pena que deba ser cumplida –correctamente entendida la misma como una sola sanción que comprende tanto la fase institucional (privación de libertad) como la postinstitucional (accesorias)- se concluye que la misma excede del lapso máximo de treinta años que establecen la Constitución y la Ley, pues, simplemente, deberá limitarse la duración del castigo a los términos de Ley;

Es, por último, absurdo que, por razón de una alegada ineficacia de los órganos administrativos a quienes, legal o jurisprudencialmente, se les haya asignado la ejecución de las medidas de vigilancia como la que se examina, se concluya con la afirmación de que estas últimas son inconstitucionales; tan absurdo que, por ese mismo camino, se podría llegar a la aberrante conclusión de que también deben ser desaplicadas, por dicha supuesta inconstitucionalidad, las penas corporales privativas de libertad, pues no es un secreto para nadie que los establecimientos de cumplimiento de pena que existen en la República sufren de carencias tales que, en ningún grado, se satisfacen las condiciones ni el propósito de rehabilitación que exige el artículo 272 de la Constitución. En resumen, el control difuso de la constitucionalidad se activa ante la presencia de una norma que contiene una antinomia, por razones intrínsecas, de contenido, con la Ley Máxima; en ningún caso, por causas extrañas –ergo, no imputables a la disposición cuya constitucionalidad se cuestione-, como es, en la situación que se examina, la ineptitud de los órganos ejecutores de aquella, porque ésa es una valoración manifiestamente ajena a la que debe preceder a la convicción sobre la conformidad constitucional de la norma y debería conducir, más bien, a la exigencia a la Administración de que adecue las estructuras y el funcionamiento de dichos órganos a las exigencias la Ley Fundamental; de lo que se trataría, entonces, es de la necesidad de adecuación administrativa, no normativa, a la Constitución, de donde la contradicción con ésta debe ser declarada contra el sistema de ejecución de sentencias y no contra una norma a la que ninguna influencia se le puede atribuir sobre las causas del mal o deficiente funcionamiento de aquél.

(...)

Finalmente, quien suscribe no puede menos que expresarse en términos de encomio al espíritu garantista del cual estuvo imbuida la Sala para la presente decisión, en la cual se decidió en favor de la desaplicación de una pena accesoria, aun cuando la gravedad de la vigencia de la misma, como generadora de lesiones constitucionales, no quedó acreditada en el fallo que precede. Ello le da esperanza cierta, en relación con futuros fallos en relación con denuncias a claras, graves e inequívocas violaciones a derechos fundamentales, las cuales no derivarían de la vigencia de una norma que supuestamente colide con la Constitución, sino, justamente, de la infracción o inobservancia a disposiciones que desarrollan fielmente principios fundamentales de esta última. Tal es el caso del criterio tutelador que, según espera este salvante,

presidirá la actividad jurisdiccional de esta Sala, en relación, por ejemplo, con la ilegítima vigencia de las medidas cautelares de coerción personal –en particular, de la más severa de ellas: la privación de libertad–, más allá de los límites temporales que preceptúa la Ley, en abierta y manifiesta infracción a los artículos 44 de la Constitución y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, tal como fue denunciado en la causa N° 05-1899, dentro de la cual, lamentablemente, fueron obviadas valoraciones que debieron haber conducido a la declaración de procedencia de la pretensión de amparo al predicho derecho fundamental y no a la desestimación de la misma, razón por la cual quien suscribe expresó su disenso, a través de las formalidades de Ley.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa, declaró ajustado a derecho la desaplicación que por control difuso realizó el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del contenido de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, en la sentencia del 21 de enero de 2010, en el marco del proceso penal que se instauró contra el ciudadano Antonio José Castellano, titular de la cédula de identidad N° V-17.415.230, quien fue condenado por la comisión de delito de lesiones calificadas leves, previsto en los artículos 415 y 420 del Código Penal.

Ahora bien, considera quien suscribe el presente voto salvado que, en el caso de autos, no debió confirmarse la desaplicación de las normas *in commento*, ya que la pena accesoria de “sujeción a la vigilancia de la autoridad”, no constituye, en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante y mucho menos excesiva; antes por el contrario, ella se presenta como un mecanismo dirigido a cumplir una doble finalidad, ya que, por una parte, persigue un fin preventivo que consiste en reinsertar socialmente al individuo y, por la otra, un fin de control dirigido a evitar que el sujeto que hubiese cumplido la pena de presidio o de prisión cometa nuevos delitos.

La pena accesoria de sujeción a la vigilancia trata simplemente del cumplimiento de una pena accesoria que deviene de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera los derechos constitucionales, tal como se ha expresado en las sentencias números 3268/03, 424/04, 578/04, 952/04 y 855/06, entre otras, en las cuales se resolvieron casos semejantes al que se conoce en el presente asunto.

En efecto, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*), estableció que:

“...En el caso específico de la sujeción a la vigilancia de la autoridad competente, según la interpretación que antecede, dicha medida constituye una herramienta de control adecuada a las tendencias más aceptadas, posterior al cese de la pena corporal de presidio o prisión que, como principal, haya sido impuesta al infractor. Así las cosas, estima que queda afirmada la aplicabilidad, aun coactiva de la pena en examen, lo cual, junto a lo que quedó establecido ut supra, en relación con la vigencia actual de la misma y las consecuencias que derivan de su quebrantamiento, conducen a la conclusión de que no existe obstáculo constitucional ni legal alguno, para la vigencia actual y eficaz de la referida pena accesoria y que, por consiguiente, son carentes de validez los fundamentos de ilegitimidad e ilegalidad en los cuales se basó la decisión que es objeto de la actual revisión, para la desaplicación de la antes referida sanción. Así se declara...” (Subrayado de esta Sala).

Con base en las consideraciones expuestas, estima quien disidente que no debió introducirse un cambio de criterio, con relación a la doctrina asentada respecto de la aplicación de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, ello -se insiste- en atención a que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia posee plena justificación constitucional, al establecer el artículo 272 que el Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure no solo la rehabilitación del interno o interna sino también la reinserción social de quienes hayan cumplido condena.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

B. *Libertad de expresión*

TSJ-SPA (1212)

25-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

El derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto, teniendo como límites el respeto de los valores y principios constitucionales.

Corresponde a esta Sala revisar los requisitos de procedencia de la medida cautelar de amparo constitucional solicitada, con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse un acto administrativo que eventualmente resultare anulado, pudiendo ello constituir un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, debe analizarse el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante. En cuanto al *periculum in mora*, se reitera que en estos casos, generalmente es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.

En el presente caso se observa que los apoderados judiciales de los recurrentes a lo largo de su escrito recursivo arguyeron violación a los derechos a la libertad de expresión del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) y a la información por parte de la sociedad venezolana, así como vulneración a los derechos a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia.

Se observa que los actores aducen violación al derecho a la información de la sociedad venezolana, a la cual -en su criterio- se le estaría privando de conocer otras visiones diferentes a las propuestas por el gobierno relacionadas con el derecho de propiedad. Sin embargo, la Sala advierte que los recurrentes no demuestran que representan al colectivo que arguyen fue perjudicado con el acto impugnado, por lo que, en virtud del carácter personalísimo del amparo, debe desestimarse la denuncia en lo que a ese colectivo respecta. Así se decide.

Por otra parte se observa que los recurrentes arguyen violación al derecho a la libertad de expresión previsto en los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto se observa que en casos similares esta Sala ha establecido lo siguiente:

“(…) De acuerdo a las razones que anteceden y visto que la recurrente pudo acudir oportuna y suficientemente ante las precitadas instancias en defensa de sus derechos e intereses, esta Sala estima carente de fundamento legal la protección invocada por la contribuyente a la luz de las garantías previstas para la persona humana por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, máxime si como en el presente caso la recurrente de hecho es una sociedad mercantil, vale decir, una persona jurídica, circunstancia que evidentemente la excluye del ámbito de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1, que dice:

‘Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano’

Respecto al punto último citado, es pertinente advertir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano competente en primera instancia para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, ha establecido constante e invariablemente jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las peticiones interpuestas por personas jurídicas empresariales, bajo la condición de víctimas directas o donde el agotamiento de los recursos internos fue realizado por éstas y no por las personas naturales que integran la forma societaria. En este sentido, la Comisión ha estimado que el Pacto de San José otorga su protección a personas físicas naturales y excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones legales, sin existencia real en el orden material. (Caso Mevopal, S.A contra Argentina / Informe de la Comisión Nº 39 del 11 de marzo de 1.999).” (Sentencia Nº 0794 del 28 de julio de 2010) (Resaltado y subrayado de la Sala).

Visto el contenido del fallo parcialmente transcrito, esta Sala observa que en el presente caso uno de los recurrentes es el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), es decir, una persona jurídica; por tanto, se desestima la denuncia de violación al derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegado por dicha asociación, en razón de no encontrarse amparada por la referida convención, dado que no es una persona humana. En consecuencia, la mencionada denuncia será analizada sólo conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

Precisado lo anterior se observa que el precitado derecho está previsto en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

Artículo 57.- “Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.”

Con relación al mencionado derecho esta Sala ha establecido que:

“(…) Ahora bien, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (Vid. entre otras, sentencia Nº 1.381 de fecha 11 de julio de 2006), la libertad de pensamiento y expresión es una situación jurídica activa o de poder que faculta a los sujetos de derecho a manifestarse libremente, en tanto y en cuanto no se incurra en las circunstancias excepcionales que la propia Constitución establece como límites a su ejercicio.

En este sentido, este derecho no tiene carácter absoluto pues su desarrollo tiene como límites el respeto de ciertos valores y principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, aunque el artículo 57 Constitucional reconoce el signo individual del derecho a la libertad de expresión, la mencionada norma incorpora un aspecto social con el cual lo individual debe conjugarse y formar un todo armónico, que no admite fractura entre el individuo y su posición frente al conglomerado social, pues ciertos derechos individuales requieren de un marco social o económico para su desarrollo, como bien lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.381 de fecha 11 de julio de 2006, antes aludida.(...)”. (Sentencia N° 01634 del 11 de noviembre de 2009) (Resaltado de la Sala).

Del fallo parcialmente transcrito se deriva que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino sujeto a las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

En el presente caso los actores alegaron que ha sido vulnerado su derecho a la libertad de expresión ya que el acto impugnado establece una censura previa por haber sido dictado sin antes haberse obtenido una decisión administrativa o judicial firme donde las partes hayan tenido la posibilidad de alegar y probar.

De la revisión del acto impugnado se advierte, que con motivo del monitoreo realizado por la autoridad administrativa ésta detectó que las sociedades mercantiles Venevisión, Meridiano TV, Televen, Globovisión, Onda 107.9 FM, Fiesta 106.5 FM, difundieron en su programación propagandas relacionadas con la “Campaña en Defensa de la Propiedad”, específicamente las denominadas “Con mis viejos no te metas. Versión Panadería”; “Con mis viejos no te metas. Versión Bodega”; “Con mis viejos no te metas. Versión Chofer” anunciadas por el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE).

Así, la autoridad administrativa consideró que la difusión de tales propagandas podría atentar contra la democracia, la paz y los derechos humanos, valores estos que se encuentran previstos en el texto constitucional.

Al respecto se observa, que tal como lo establece el criterio jurisprudencial transcrito, el derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto, teniendo como límites el respeto de los valores y principios constitucionales.

En el presente caso, ante la presunción de que los mencionados mensajes propagandísticos vulneraban los referidos valores constitucionales y podían generar situaciones que afectarían el interés general, la Administración dictó el acto impugnado con el objeto de suspender tales difusiones, al ponderar que en casos como el de autos debía prevalecer el interés general sobre el interés particular.

Conforme a lo expuesto, en principio, aprecia la Sala que no puede hablarse de violación a la libertad de expresión de los actores, sino que se trata de la suspensión de unas propagandas mientras se sustancia el procedimiento administrativo, en cuyo acto inicial de apertura la Administración motivó su determinación de suspender las difusiones ponderando los intereses en juego, dándole preeminencia al interés público sobre el particular. Así se decide en esta fase cautelar.

Por otra parte, este Alto Tribunal considera que el hecho de que no se sigan transmitiendo las propagandas que conformaban la campaña “En Defensa de la Propiedad” no implica que los recurrentes no puedan seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión por otros mecanismos (*Vid.* sentencias de esta Sala números 0763 y 01634 del 23 de mayo de 2007 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

Asimismo, respecto a la solicitud formulada por los recurrentes de que se desaplique el artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión por violación a los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se advierte que emitir pronunciamiento acerca de la desaplicación requerida variaría de contenido la sentencia definitiva motivo por el cual se desestima esta denuncia. Así se establece.

C. *Derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta*

TSJ-SC (965)

15-10-2010

Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Yajaira Concepción Morales Tórrez vs. Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda.

La violación al derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace *in limine*, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta. Asimismo, cuando la Administración, si bien da la respuesta, la misma no ha sido dada en el tiempo previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o bien cuando la respuesta dada es impertinente e inadecuada, esto es, que no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse.

Vistos los argumentos esgrimidos en la audiencia constitucional por la parte actora, observa esta Sala que aun cuando la accionante alegó el agravio del derecho a la vivienda, la imputación realizada al **MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LAS OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA hoy MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA VIVIENDA Y HÁBITAT**, no es otra que la omisión en proveer sobre sus solicitudes de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, además de su pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble, lo cual evidencia que lo pretendido es que el referido órgano administrativo dé una respuesta a las múltiples entrevistas y solicitudes que alega haber realizado a efectos de solucionar su situación habitacional.

Significa entonces que, en esencia, la denuncia elevada ante esta Máxima Instancia Jurisdiccional es en realidad la falta de oportuna y adecuada respuesta, con la consecuente afectación del derecho de petición.

Atendiendo a la situación planteada, es preciso señalar que el Texto Fundamental dispone en su artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia y ello, armonizado con el valor normativo que se atribuye la propia Constitución en su artículo 7, evidencia la formulación constitucional del Estado de derecho venezolano, de acuerdo a la cual, se reconoce una orientación filosófico-política que incluye una finalidad humanista, y supone, que el Estado debe propender al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales, pues tal como afirmó Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1971, p 54), en el Estado constitucional una declaración de derechos, no basta, sino que es necesario el cumplimiento exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata de los mismos.

Por ello, Molas (*Derecho Constitucional*, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 47) señala que denominamos Estado constitucional solamente a aquél que garantiza el ejercicio de los

derechos fundamentales, y es precisamente ésta, la *ratio* del dispositivo constitucional establecido en el artículo 19 del Texto Fundamental, según el cual, el Estado debe garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad y no discriminación. Tal imperativo garantista tiene su fundamento en que los derechos humanos se presentan como las guías fundamentales del Estado y, de allí, que los particulares estén facultados para reclamar al Poder Público su goce, salvaguarda y protección.

En el citado contexto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 51, lo siguiente:

“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la Ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

De la mencionada disposición se puede claramente desprender dos situaciones jurídicas positivas: i) la correspondiente a representar o dirigir peticiones ante las autoridades públicas; y ii) la relativa a obtener oportuna y adecuada respuesta. El segundo, consecuencia tanto fáctica como jurídica del primero, en virtud de que ante la petición formulada por cualquier persona, tal como lo dispone el prenombrado artículo, debe el funcionario o autoridad competente emitir una respuesta.

En razón de lo expuesto, se desprende que la violación al derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace *in limine*, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta.

Asimismo, se debe entender conculcado el derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, cuando la Administración, si bien da la respuesta, la misma no ha sido dada en el tiempo previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o bien cuando la respuesta dada es impertinente e inadecuada, esto es, que no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse.

Ahora bien, de lo expuesto no debe afirmarse que la respuesta debe ser favorable para el administrado para así no resultar conculcado el derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta ante el requerimiento formulado por el individuo, sino que la respuesta dada por la Administración debe ser, en primer lugar, tempestiva, es decir, que la misma no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida y, en segundo lugar, la misma debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado, esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en el caso concreto.

Sobre el particular, esta Sala ha reiterado pacíficamente el criterio establecido en la sentencia N° 442 del 4 de abril de 2001 (caso: *Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.*), donde se precisó “...que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada. En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante”.

Posteriormente, la decisión N° 2073 dictada por esta Sala el 30 de octubre de 2001 (caso: *Teresa de Jesús Valera Marín y Cruz Elvira Marín*), precisó lo siguiente:

“La disposición transcrita, por una parte, consagra el derecho de petición, cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa. Asimismo, el artículo aludido, contempla el derecho que inviste a estos particulares de obtener la respuesta pertinente en un término prudencial. Sin embargo, el mismo texto constitucional aclara que el derecho de petición debe guardar relación entre la solicitud planteada y las competencias que le han sido conferidas al funcionario público ante el cual es presentada tal petición. De esta forma, no hay lugar a dudas, en cuanto a que la exigencia de oportuna y adecuada respuesta supone que la misma se encuentre ajustada a derecho, pero no implica necesariamente la obligación de la Administración de acordar el pedimento del administrado, sino sólo en aquellos casos en que el marco jurídico positivo permita al órgano de la Administración tal proceder, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas”.

Según los precedentes transcritos, no tiene ningún sentido que se le pida a la parte actora que exprese las razones por las que su pretensión debería declararse con lugar, pues ello no formará parte del tema de la decisión en el juicio de tutela constitucional, así como tampoco puede emplearse el proceso de amparo para la fundamentación de la petición que se ha planteado ante la Administración.

En el marco de las observaciones anteriores, advierte esta Sala que, de los argumentos expuestos por la accionante en la audiencia constitucional quedó evidenciado que el otrora Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, no se ha pronunciado sobre las solicitudes de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, así como su pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble, situación que evidentemente resulta lesiva del derecho de petición denunciado como afectado.

En virtud de lo antes señalado, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar el amparo constitucional incoado y, en consecuencia, ordenar al **MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA VIVIENDA Y HÁBITAT**, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, dicte un acto en el cual provea sobre la solicitud de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, o se pronuncie sobre la pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble. Así se declara.

2. *Derechos Laborales*

A. *Derecho al Salario: Inembargabilidad*

TSJ-SPA (1024)

21-10-2010

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banesco Banco Universal, C.A. vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN).

No procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” por parte de las instituciones financieras, en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las mismas procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición.

Corresponde a la Sala decidir la apelación interpuesta por los apoderados judiciales de Banesco Banco Universal, C.A., contra la sentencia N° 2009-00685 del 28 de abril de 2009,

mediante la cual la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado contra la Resolución N° 082-05 de fecha 29 de marzo de 2005 dictada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) que declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el oficio N°SBIF-GGCJ-GLO-18207 del 17 de diciembre de 2004, mediante el cual se instruye a la referida institución bancaria a no efectuar débitos de las cuentas nóminas, sin que previamente se tenga la autorización expresa del cliente a tales efectos.

En tal sentido, se observa:

1. Inembargabilidad del Salario.

Arguye el representante judicial de la parte apelante que la inembargabilidad del salario establecida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no puede interpretarse de forma literal, sino de conformidad con el artículo 162 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que sólo es inembargable *“la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo (...). Lo importante sin embargo es resaltar la errada concepción de considerar a la totalidad del salario (...) como inembargable, tal y como fuera decidido por la Corte en el caso de marras.”*

Denuncia que la sentencia recurrida incurre en una evidente e infundada extensión de las prerrogativas salariales al saldo íntegro de una *“verdadera”* cuenta bancaria, por la simple razón de denominársele como *“cuenta nómina basándose en una presunción enteramente subjetiva, carente de base legal y lógica, puesto que pretende asumir que las cantidades recibidas en calidad de depósito en esa cuenta forman parte del salario del titular de la misma.”*

Arguye que tanto el acto recurrido como la sentencia apelada incurren en un falso supuesto de derecho al pretender aplicar la disposición contenida en el artículo 1.335 del Código Civil a las relaciones que derivan de la existencia de una cuenta bancaria, cualquiera sea su naturaleza.

Indica, que una vez que el trabajador ha recibido su salario y dispone de éste, desaparece la pretendida inembargabilidad toda vez que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela busca asegurar que el trabajador reciba efectivamente su salario no que éstos (trabajador y salario) *“adquieran una especie de inmunidad absoluta frente a cualquier tercero de buena fe, incluyendo entre estos (...) a los acreedores del trabajador”*.

En este orden de ideas, la sentencia recurrida dispuso lo siguiente:

“2. De la inembargabilidad del salario.

El artículo in commento [artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela] consagra igualmente que el salario es inembargable, lo cual se presenta como un mecanismo para la defensa del mismo, y que pretende crear un minimum inexpugnable para que, de esta forma, el trabajador pueda ver satisfechas de manera plena sus necesidades de supervivencia y las de su familia, sin que se vea afectado en ello por posibles embargos del salario como consecuencia de obligaciones de cualquier naturaleza que pueda adquirir.

(...)

3. Del salario mínimo

(...)

Precisado lo anterior, aprecia esta que en el caso de autos, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banesco, Banco Universal C.A., afirmaron que el carácter inembargable

del salario, y por ello la prohibición de aplicar al caso de autos la figura de la compensación, sólo sería predicable de la porción considerada como integrante del salario mínimo más no así de las cantidades de dinero que superen dicha cifra.

(...)

En este sentido, se desprende de la afirmación anterior la argumentación según la cual por estar referido únicamente la inembargabilidad al salario a la porción mínima del mismo, sería posible aplicar deducciones en las cuenta nómina de los trabajadores cuyo salario supere dicha cantidad, a los fines de implementar así la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones.

Ahora bien, por cuanto en el caso de autos lo debatido es justamente la legitimidad o no de la aplicación de la figura de la compensación en las cuentas nóminas de los trabajadores, encuentra esta Corte que la interpretación pretendida por la representación judicial de la parte recurrente no parece compatibilizar con el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela antes transcrito, pues del mismo debe entenderse que producto de la declaración de inembargabilidad del salario, independientemente del monto al cual ascienda el mismo, las Instituciones Financieras por sí solas no pueden deducir de las denominadas cuentas nóminas de los trabajadores las cantidades de dinero que les sean adeudadas, pues para ello deberán acudir a los medios procesales ordinarios para la satisfacción de sus pretensiones.

(...)

En definitiva, para este Órgano Jurisdiccional la prohibición de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa la imposibilidad, como se verá a continuación, de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar cabalmente de los montos de dinero percibidos como consecuencia de la relación laboral.

(...)" (Sic).

Determinado lo anterior debe traerse a colación el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 91. *Todo trabajador tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.*

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.”.

Asimismo, debe resaltarse el contenido de los artículos 162 y 164 de la Ley Orgánica del Trabajo, los cuales establecen lo que sigue:

“Artículo 162. *Es inembargable la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo.*

PARÁGRAFO ÚNICO. *Cuando la remuneración exceda del salario mínimo y no pase del doble del mismo, los embargos que pudieran dictarse no podrán gravar más de la quinta parte (1/5) del exceso y cuando exceda del doble, la tercera parte (1/3).”.*

“Artículo 164. *Lo dispuesto en los artículos anteriores no impide la ejecución de medidas procedentes de obligaciones de carácter familiar y de los originados por préstamos o con ocasión de garantías otorgadas conforme a esta Ley.”.*

Del análisis concatenado de los artículos trascritos se desprende que el salario goza de una protección especial dada su naturaleza alimentaria (destinado a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, recreación, etc.), en razón de lo cual se considera inembargable dentro de los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, tal inembargabilidad no es absoluta, pues todo aquél que tenga acreencias contra el trabajador (salvo el patrono, quien dispone de condiciones especiales para el cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 *eiusdem*) debe acudir a la vía jurisdiccional para cobrar sus créditos, a través de los procedimientos legalmente establecidos, quedando vedada la posibilidad de que se efectúen cobros automáticos, por ejemplo, por parte de las entidades bancarias.

Determinado lo anterior, esta Sala confirma la decisión apelada, con relación a inembargabilidad del salario y la imposibilidad de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar del salario devengado como consecuencia de la relación laboral. Así se decide.

2. Compensación.

Indica el apoderado apelante, que la compensación es un modo de extinción de las obligaciones con vigencia universal *“cuya pretendida exclusión o prohibición, so pretexto de la supuesta especialidad de las denominadas ‘cuentas de nómina’, sólo servirá para perjudicar a patronos y trabajadores, por cuanto dejarán de existir, por carecer de sentido o utilidad para los bancos y, desde luego, excluirán a los trabajadores de las posibilidades del crédito bancario...”*.

Señala, que dentro de las condiciones universalmente aplicables en las relaciones de los bancos con los clientes titulares de las cuentas corrientes o de ahorros está la que permite la compensación entre saldos deudores en la hipótesis frecuente de que el titular de una cuenta sea, a la vez, deudor del mismo banco por cualquier operación de crédito que haya realizado el titular de la cuenta.

Que en el caso que se analiza, el ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol era, a su vez, deudor y acreedor de Banesco, como consecuencia de los consumos realizados mediante el uso de las tarjetas de crédito emitidas por el referido banco.

En consecuencia, afirma, no existía impedimento alguno -contrariamente a lo afirmado en la sentencia apelada- para sostener que en la relación estaban dadas las condiciones objetivas para que operara la compensación legal, toda vez que *“i) Banesco y Edición (sic) eran acreedores y deudores recíprocos; ii) las deudas a cargo de cada parte tenían por objeto sumas de dinero; y, iii) finalmente las referidas deudas eran líquidas y exigibles...”*.

En este sentido, expresa que la sentencia apelada incurre en un error al afirmar que la *“facultad que tendrían las instituciones financieras para oponer la compensación a los fines de recuperar los créditos otorgados, no deviene directamente de la ley, sino que por el contrario, la compensación bancaria deriva necesariamente de una convención, que en todo caso, es facultativa para aquel en cuyo favor la ley estableció una limitación que impide la verificación de la compensación legal...”*.

Con relación a este punto, la sentencia recurrida estableció lo siguiente:

“(...)”

Así, en el caso de autos observa esta Corte que debe atenderse al contenido del artículo 1.335 del Código Civil que plantea una serie de limitaciones a esta forma de extinción de las obligaciones. En este sentido, el artículo 1.335 del Código Civil, en su numeral 3°, establece que:

“Artículo 1.335.- La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos: (...) 3° Cuando se trate de un crédito inembargable” (Negrillas de esta Corte).

Como consecuencia de lo anterior, observa este Órgano Jurisdiccional que dada la declaración de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 del Texto Constitucional, se está en presencia de una imposibilidad de proceder a la materialización de la compensación como forma de extinción de las obligaciones; imposibilidad que, como puede desprenderse, se hace presente en el caso de la “cuenta nómina” del ciudadano Walter Albarrán Finol, por lo que el levantamiento de tal impedimento se produce justamente como producto de la manifestación de voluntad para permitirlo por parte de la persona que se encuentra beneficiada por tal declaración legal.

(...).”

Ahora bien, a los fines de analizar la figura de la compensación debe traerse a colación el contenido del artículo 1.331 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1.331. Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, de modo y en los casos siguientes.”.

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones que opera entre dos personas que son recíprocamente deudoras, cuando dichas deudas son homogéneas, líquidas y exigibles, hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, la entidad financiera Banesco Banco Universal, C.A., procedió a compensar la deuda por concepto de tarjetas de crédito del ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, con los haberes de éste en su cuenta “nómina”.

Ante este escenario, debe citarse lo dispuesto en el artículo 1.335 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.335. La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos:

(...)

3° Cuando se trate de un crédito inembargable.

(...).”

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación no opera cuando se trata de créditos inembargables.

Lo anterior resulta relevante toda vez que como se afirmó en el punto N° 1 de esta motivación, el salario es un crédito inembargable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 162 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido, el salario cuyo pago se efectúa a través de las cuentas “nómina” no pierde su naturaleza ni los privilegios que le envuelven con los cuales se protege, por tanto, comparte esta Sala lo establecido por el *a quo* respecto a que “la protección constitucional del salario, manifestada en el carácter inembargable del mismo, independientemente de cuál

sea su monto, impide que la sociedad mercantil Banesco Banco Universal, C.A., pueda proceder a realizar compensaciones o deducciones de la cuenta nómina en la cual es o era depositado el salario del ciudadano Walter Albarrán Finol, por las cantidades de dinero adeudadas...”.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante, toda vez que no procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las instituciones financieras procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición. Así se declara.

3. Cuentas nómina.

Arguye la representación judicial de la parte apelante que el régimen legal aplicable a las cuentas “nómina”, es el régimen general previsto en el Código de Comercio, en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y en las normas especiales que a tales efectos dicten las instituciones bancarias, ya que, según su criterio, dichas cuentas tienen la misma naturaleza de las demás cuentas bancarias, sean éstas corrientes o de ahorro.

Destacan que cuando una persona abre una cuenta corriente en un banco, se establece una relación jurídica entre el banco y el cuentacorrentista que deriva del contrato en particular, sin que tenga relevancia alguna el origen de los fondos depositados en la cuenta. Asimismo, afirma que el trabajador titular de una cuenta nómina puede disponer en dicha cuenta de cantidades de dinero provenientes no sólo de contraprestaciones laborales, sino de cualquier otra fuente, regular o accidental.

Con relación a este particular la sentencia apelada afirmó que *“la particular regulación existente en los casos en que el trabajador se vea obligado a la utilización de las denominadas ‘cuentas nóminas’, de manera que resulta contraria a las circunstancias antes aludidas, el considerar que estas cuentas se presentan bajo la misma regulación de las cuentas corrientes bancarias, tal como lo pretenden los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente, pues, es lo cierto que en tales casos los montos depositados por el patrono en tales cuentas a favor de los trabajadores, se encuentran provistos de la protección constitucional que proclama la inembargabilidad del salario, de manera que no puede invocarse el aludido carácter mercantil de la mencionada cuenta para entender que ha desaparecido tal prohibición.”.*

Igualmente, consideró la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que las “cuentas nómina” en realidad operan como medios para poner a disposición del trabajador su salario o sueldo, por lo que dicho crédito arrastra consigo la protección especial a la cual hace referencia la Constitución y la Ley, de manera que no puede considerarse que dichos montos ya no sean parte del salario o que han perdido sus prerrogativas especiales, sino que ante todo debe mantenerse en consideración su especial carácter de inembargable y, por ello, tal como será analizado en el presente fallo, ajeno a las reglas de la compensación. Concluyó en este punto señalando que aun cuando en las denominadas cuentas nóminas, tal como alegó la representación judicial de la parte recurrente, se pueden depositar cantidades de dinero distintas a los montos correspondientes al salario del trabajador, en esencia debe considerarse que tal posibilidad resulta objeto de la actividad probatoria que debe desarrollar el banco en los casos en que pretenda realizar las deducciones por el dinero que le adeude el cliente. De manera que, en tales circunstancias, deberá la Institución Financiera demostrar que las cantidades deducidas fueron depositadas por el cliente o por terceras personas, y, que las mismas no tienen origen en la relación laboral que vincula al cliente con su patrono.

Ahora bien, a los fines de analizar esta denuncia debe señalarse que las cuentas bancarias denominadas “nómina”, son aquellas en las cuales el empleador deposita el salario del trabajador. Estas cuentas pueden ser indistintamente de ahorro o corriente dependiendo de la voluntad del trabajador.

Las cuentas “nómina” son el producto de un contrato celebrado entre una institución financiera debidamente autorizada y el patrono (que puede ser cualquier entidad pública o privada), quien efectúa el pago a sus trabajadores a través de la consignación que hace de manera regular en las cuentas que a tales fines abre a cada uno de aquéllos. Cabe destacar que el trabajador no escoge libremente el banco o institución financiera donde quiere recibir su salario, pues es el patrono, quien determina dónde efectuará los pagos.

Al abrir una cuenta “nómina” surgen tres tipos de relaciones: i) la relación entre el patrono y el trabajador, regulada por las normas laborales; ii) la relación entre el patrono y la institución bancaria, regulada por los términos contractuales y supletoriamente por las normas mercantiles; y, iii) la relación entre la institución bancaria y el trabajador, la cual se encuentra regulada, en principio, por normas civiles y mercantiles, pero que es susceptible de regulación y protección especial, en virtud del carácter eminentemente social del trabajo y especialmente del salario.

Ahora bien, en el caso bajo examen, el denunciante en sede administrativa, ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, era titular de una cuenta corriente de tipo “nómina” en la entidad bancaria Banesco Banco Universal, C.A., donde le era depositado su salario como trabajador de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Como se indicó anteriormente, la relación entre la institución bancaria, en este caso *Banesco Banco Universal, C.A.*, y el trabajador, está regulada en principio por el Código de Comercio, en atención a que la cuenta nómina del empleado es de las llamadas “cuentas corrientes”, cuya naturaleza, características y modos de gestión se encuentran previstos en los artículos 503 al 526 *eiusdem*.

Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que las referidas cuentas “nóminas” son abiertas con una finalidad específica: servir de medio para la materialización del pago del salario debido a los trabajadores y trabajadoras, el cual -tal y como lo señala la sentencia apelada- no pierde su naturaleza “*lo cual obliga a mantener en el depósito que realiza el empleador las mismas reglas inherentes al salario propiamente dicho*”.

El legislador ha previsto entonces una protección especial alrededor de las cuentas “nómina”, regulando una serie de supuestos tendientes a garantizar que el salario de los trabajadores que sea pagado por este medio, no se vea vulnerado por la aplicación indiscriminada de instituciones eminentemente civiles y mercantiles, toda vez que el interés jurídicamente tutelado no es ya el intercambio y la guarda del dinero, sino el trabajo como hecho social, de conformidad con lo establecido en nuestro Texto Constitucional.

En este orden de ideas, debe hacerse mención al contenido del artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.426, del 28 de abril de 2006, el cual dispone lo siguiente:

“Pago de salario a través de entidades financieras.

Artículo 55. *Cuando el pago del salario se haga a través de una institución financiera ubicada en las inmediaciones del lugar de prestación de servicios, el patrono o patrono deberá:*

a) Notificar por escrito al trabajador o trabajadora el nombre y la ubicación de la institución de que se trate y el número de la cuenta que le fuere asignada.

- b) *Asumir los gastos derivados de la apertura y mantenimiento de la cuenta; y*
- c) *Informar al trabajador o trabajadora de inmediato, la oportunidad en que se verificó el depósito del salario en su cuenta.*”.

Asimismo, a título ilustrativo debe traerse a colación el artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual estatuye la prohibición de efectuar débitos automáticos a las cuentas nóminas, de la siguiente manera:

“Protección de prestaciones sociales

Artículo 34. *En ningún caso las prestaciones sociales deben servir de garantía para el pago de aquellas deudas originadas por tarjetas de crédito. Las prestaciones sociales, así como las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, no podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.*”

De las normas transcritas se desprende que las cuentas “*nómina*” en nuestra legislación cuentan con una regulación especial, diferenciada de la regulación propia de las cuentas corrientes o de ahorro, establecidas en nuestra legislación mercantil, ya que constituyen uno de los medios o instrumentos que permiten colocar a disposición de los trabajadores la retribución correspondiente a su trabajo y por ende deben estar protegidas de modo especial.

Ahora bien, si la institución bancaria acreedora considera que en dichas cuentas existen fondos distintos a los salariales (bien sea depositados por el trabajador o por un tercero) deberá probarlo ante la instancia judicial correspondiente a los fines de lograr el cobro de la deuda que mantenga el trabajador, toda vez que, como se señalara en puntos anteriores, dada la inembargabilidad del salario no procede la compensación automática.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante y se confirma el fallo apelado con relación a la imposibilidad de compensar deudas con los saldos existentes en las llamadas cuentas “*nómina*”. Así se decide.

4. Cláusulas abusivas.

Señala la parte apelante, respecto a la calificación de “*abusivas*” que hace la sentencia apelada de las Condiciones Generales de Contrato para la Emisión de Tarjetas de Crédito y de las Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente, que ambos textos fueron aprobados por la SUDEBAN en su condición de órgano contralor de la actividad financiera y que “*la Cláusula específica que autoriza al banco a debitar de la cuenta ‘nómina’ de los cuentacorrentistas por vía de la compensación de deudas, resulta ser una cláusula absolutamente lícita, coincidente y redundante con una norma legal vigente contenida en nuestro Código Civil, que simplemente prevé una forma igualmente lícita, común, generalizada y eficaz para la extinción de las obligaciones...*”.

Manifiesta que pretender, como lo hace la sentencia apelada, que para que opere la referida compensación, el titular de la cuenta nómina deba dar una autorización particular, es un “*exabrupto incalificable*”, pues en la práctica la banca sólo aplica la compensación cuando el cuenta habiente a quien se ha concedido un crédito ha incurrido en mora, toda vez que “*la conducta usual y normal del deudor buen padre de familia es honrar puntual y fielmente sus obligaciones...*”.

Con relación a este aspecto, la sentencia recurrida señaló que la excepción al principio general de prohibición de realizar descuentos en las cuentas nóminas de los trabajadores, pensionados o jubilados contenida en la Circular SBIF-GGCJ-GALE-03975 emanada de la

SUDEBAN, no puede considerarse satisfecha por la manifestación de voluntad por parte del cliente contenida en las condiciones generales de contratación. En efecto, debido a que en la contratación por medio de las mencionadas cláusulas no existe la etapa de la negociación ni la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, y por cuanto el banco ha elaborado dichas cláusulas en abuso de la posición jurídica al predisponer el esquema contractual e incorporando condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante que se adhiere, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que no puede entenderse que haya existido tal voluntad legítima por parte del ciudadano Walter Albarrán Finol, para autorizar las deducciones realizadas por la Institución Financiera.

Ahora bien, observa la Sala que la SUDEBAN, dirigió a los Bancos Universales, Bancos Comerciales, Bancos Hipotecarios, Bancos de Desarrollo, Fondos del Mercado Monetario, Entidades de Ahorro y Préstamo e Institutos Municipales de Crédito Popular, la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, la cual estableció lo siguiente:

“Me dirijo a usted a los fines de informarle, que en atención a lo dispuesto en los artículos 87 y 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que garantizan tanto el derecho al trabajo como el derecho del trabajador a recibir una remuneración acorde con su trabajo, esta Superintendencia de conformidad con lo expresado en el artículo 238 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, instruye a los sujetos a los cuales se encuentra dirigida la presente, a no efectuar descuentos por cualquier concepto de las cuentas nóminas sean estas corrientes o de ahorro, que posean los trabajadores, sin la previa autorización expresa del titular de las mismas.

Asimismo, será igualmente aplicable la anterior instrucción para aquellas cuentas a través de las cuales sean canceladas las pensiones y jubilaciones.

En este sentido, cumpla con hacer de su conocimiento que la infracción al contenido de la presente Circular puede ser objeto de sanción pecuniaria de conformidad con el supuesto sancionatorio dispuesto en el numeral 5 del artículo 416 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.”. Resaltado de la Sala.

Igualmente es importante destacar que el contenido de la Circular transcrita fue recogido por el antes referido artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual establece que ni las prestaciones sociales, ni las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, existe una prohibición dirigida a las instituciones financieras para que realicen débitos en las cuentas nómina de sus clientes, sin que exista la *autorización expresa* de éstos a tales efectos.

En este sentido, observa la Sala que cursan en autos (folios 55 al 61 del expediente administrativo) las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*”, las cuales en su disposición Décimo Sexta establece lo siguiente:

“DÉCIMA SEXTA: El BANCO queda plenamente autorizado por el CLIENTE para cargar a su cuenta, en todo momento, cualquier cantidad que por cualquier concepto adeude al CLIENTE al BANCO. El BANCO queda exento de toda responsabilidad si, como consecuencia de algún cargo efectuado en virtud de esta autorización tuviere que rechazar el pago de cheques librados por el CLIENTE contra su CUENTA.”.

Asimismo, cursan a los folios 23 al 47 del referido expediente administrativo, las “*Condiciones Generales del Contrato para la emisión de Tarjetas de Crédito*”, las cuales en la cláusula décimo tercera dispone lo que sigue:

“DÉCIMO TERCERA: A EL CLIENTE podrá exigírsele el pago de la totalidad de los consumos efectuados por los ADICIONALES sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos últimos. EL CLIENTE no podrá oponer ninguna excepción o defensa basada en la situación personal del ADICIONAL que hubiere efectuado el consumo, ni en la falta de autorización, abuso o exceso o uso indebido de la TARJETA DE CRÉDITO por parte del ADICIONAL. **EL CLIENTE autoriza expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación del cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO, o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que están previstas tales facultades.** Por su parte, LOS ADICIONALES se constituyen ante EL BANCO en deudores solidarios de los consumos realizados con la TARJETA DE CRÉDITO; en consecuencia, autorizan expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación de la cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que estén previstas tales facultades”. Negritas de la Sala.

Las cláusulas transcritas son impuestas a los clientes por las Instituciones Financieras, sin que exista la posibilidad para aquéllos de participar en su formulación. En efecto, la cláusula primera de las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*” establece expresamente que el cliente, por el solo hecho de solicitar al banco cualquiera de los servicios de las cuentas corrientes “*acepta y queda sujeto a las estipulaciones contenidas en este documento aplicables al servicio solicitado, asumiendo la obligación de conocerlas en todo su alcance y contenido*”.

En efecto, las referidas *Condiciones Generales* entran en la categoría de los llamados contratos de adhesión, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 962 de fecha 1° de julio de 2003*).

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación lo dispuesto por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en la sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, en la cual estableció lo siguiente:

“...El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.”

Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antro-po-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos.

Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación de usuaria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

*Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (*latu sensu*), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden mas a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.*

Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varia en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.”.

De conformidad con la sentencia parcialmente transcrita, se reconoce que la voluntad de las partes al momento de contratar no siempre puede considerarse libre, aun cuando quien contrate sea capaz conforme a derecho, por cuanto es posible que una de las personas dentro de la relación se encuentre en una posición que implique superioridad frente a la otra.

Ante estas situaciones la Ley debe buscar un equilibrio que impida que quien se encuentre en una situación de superioridad frente a la otra, pueda vulnerar los derechos del otro contratante y con ello ocasionar una situación de desventaja para quien se vea conminado a contratar. En el caso bajo examen, la situación de desventaja la tiene el trabajador que se ve obligado a recibir su salario a través de una cuenta nómina gestionada por un tercero ajeno a la relación laboral.

En este sentido debe traerse a colación lo dispuesto en los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004, aplicable *rationae temporis*, los cuales disponen lo siguiente:

“De los Contratos de Adhesión

Artículo 18.- *Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecida unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido.*

La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

Artículo 19.- *Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en carácter es visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor.*

Artículo 20.- *Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en carácter es destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión.*

Artículo 21.- *No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:*

1°. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario;

2°. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación;

3°. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor;

4°. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y,

5°. Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en carácter es legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión.”.

Asimismo, es pertinente destacar que la Ley de Protección a las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.358 de fecha 1° de febrero de 2010, define en su artículo 70 lo que debe entenderse como contrato de adhesión, en los siguientes términos:

“Concepto de contrato de adhesión

Artículo 70. Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.

En aquellos casos en que la proveedora o el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezcan las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte de la proveedora o proveedores.”

En el caso bajo examen, es evidente que las cláusulas contenidas en las “*Condiciones Generales*” de contratación, tanto de las cuentas corrientes como de las tarjetas de crédito, constituyen verdaderos contratos de adhesión en cuya formación no ha existido ningún tipo de participación por parte de los clientes de las Instituciones Financieras, quienes se encuentran supeditados a las estipulaciones unilaterales de aquéllas.

En razón de lo anterior, tal y como lo señala la sentencia recurrida, las autorizaciones genéricas contenidas en las referidas “*Condiciones Generales*” no pueden constituirse en la autorización exigida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) en la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, toda vez que para considerar legales los débitos efectuados por las Instituciones Financieras en las cuentas nóminas de los trabajadores, éstos deben otorgar autorización “*expresa*” a tales fines.

Desechados como han sido los alegatos de la parte apelante, esta Alzada considera –como lo estableció la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo- que el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por Banesco Banco Universal, C.A., debe ser declarado sin lugar. Así se declara.

3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación*

TSJ-SC (1114)

12-11-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Otoniel Goncalves Portillo vs. Universidad Central de Venezuela

En el presente caso, los actores requirieron que esta Sala Constitucional ejerciese sus potestades cautelares con el propósito de impedir la concreción de situaciones que atenten tanto en sus derechos académicos, así como en sus derechos electorales y de otra naturaleza, en tanto sujetos activos y pasivos, pues aparentemente la circunstancia que ha sido denunciada como dañosa, ha menoscabado el ejercicio integral de tales. En ese sentido, solicitaron que esta Sala expidiera un mandamiento cautelar con el propósito de “(...) *garantizar el derecho a la educación gratuita y ordene a la Autoridades de las Universidades Nacionales y, especialmente, a las de la Universidad Central de Venezuela, la paralización del cobro a los estudiantes denominados ‘profesionales’, hasta tanto se resuelva el fondo del asunto, y sin que ello signifique pronunciamiento anticipado sino cautelar; medida ésta que se funda en las probanzas que se acompañan y de las que se verifica el riesgo -que de no ser impedido- pudiere generar la imposibilidad en aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para sufragar el costo de la inscripción y pago de las deudas previas, así como aquellas que por convicción jurídico constitucional se negaren a efectuar los pagos a los cuales se les condiciona:*

- *El ingreso (inscripción para el período lectivo 2010-2011) a cursar estudios de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;*
- *La continuación de los estudios iniciados (reinscripción para el período lectivo 2010-2011), a los cursantes de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;”*

Insistieron en que “(...) *sea acordada medida cautelar y, en consecuencia, se ordene a la Universidad Central de Venezuela suspender el cobro delatado como lesivo, así como la implementación de cualquier otra medida que impida la continuidad de la lesión referida por parte de las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela, quienes se encuentran en conocimiento de dicha situación (...)*”.

Ahora bien, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reconoce en el marco del Capítulo II, “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”, inscrito en el Título XI, denominado “*Disposiciones Transitorias*”, las potestades cautelares generales que ostenta la Sala Constitucional con ocasión a los procesos jurisdiccionales tramitados en su seno. Lo anterior permite traer a colación lo expuesto en la sentencia N° 1.025 del 26 de octubre de 2010, caso. “*Constitución del Estado Táchira*”.

Véase, p. 207 y 239 de esta *Revista*

En aplicación de las anteriores premisas, considera la Sala, de una revisión preliminar y no definitiva de los elementos probatorios cursantes a los autos, así como de las alegaciones vertidas por los accionantes y de la ponderación de los intereses colectivos involucrados, que hay elementos que hacen presumir un menoscabo a la continuidad de la educación en el nivel de pregrado de los accionantes, y otros estudiantes en iguales circunstancias, en una institución universitaria nacional de carácter público.

En ese sentido, observa la Sala que a los accionantes se les hace firmar un “*Compromiso de Pago – Estudiantes Profesionales*” que contiene, de forma poco razonable, la mención

expresa a que *“En caso de no cumplir con el compromiso de pago, no [podrá] presentar los exámenes correspondientes a cada período parcial o final”*, sin que ello sea precedido por la correspondiente invocación de las normas constitucionales o legales que habilitan a la Universidad Central de Venezuela a establecer tal discriminación y a exigir dicho pago para suspender de esa forma el derecho de los estudiantes *“profesionales”* a recibir su educación universitaria en condiciones similares al de los alumnos *“regulares”*. Lo anterior, en criterio de la Sala, y sin que ello represente un juicio definitivo sobre el caso, constituye una presunción de buen derecho *–fumus boni iuris–* que obra en beneficio de los accionantes, y de otros estudiantes que se encuentren en iguales condiciones, que debe ser tutelado cautelarmente para evitar la concreción de un daño irreparable en sus estudios universitarios hasta tanto se dice la sentencia definitiva en el presente caso.

En consecuencia, considera esta Sala, en aras de garantizar la operatividad de los derechos a la igualdad y a la educación, consagrados por los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es imperativo decretar una medida cautelar dirigida a preservar la continuidad de la instrucción universitaria, en el nivel de pregrado, de los estudiantes calificados como *“profesionales”* o cursantes de segundas carreras y, a tales efectos, ordena a la Universidad Central de Venezuela, por órgano de su Consejo Universitario, así como a las autoridades de las diversas Facultades y Escuelas de esa Casa de Estudios que se abstengan de seguir cobrando la matrícula exigida a quienes se encuentren en tales condiciones, como otros pagos que supediten su permanencia en dicha Casa de Estudios y se tomen las medidas pertinentes dirigidas a mantener a éstos en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de los derechos y deberes que tienen los alumnos *“regulares”*, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley de Universidades y en los instrumentos reglamentarios dictados por el Consejo Universitario de esa Casa de Estudios (v.gr. derechos electorales, deportivos, culturales, asistenciales, etc.). 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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

En el acto de juzgamiento en cuestión, la mayoría sentenciadora declaró con lugar la medida cautelar que se solicitó, razón por la cual se ordenó a la Universidad Central de Venezuela, por órgano de su Consejo Universitario, y demás autoridades de las Facultades y Escuelas, que se *“abstengan de seguir cobrando la matrícula exigida a quienes se encuentren en tales condiciones, como otros pagos que supediten su permanencia en dicha Casa de Estudios, a los llamados estudiantes ‘profesionales’ o cursantes de segundas carreras y se tomen las medidas pertinentes dirigidas a mantener a éstos en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de los derechos y deberes que tienen los alumnos ‘regulares’, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley de Universidades y en los instrumentos reglamentarios dictados por el Consejo Universitario de esa Casa de Estudios ... hasta tanto se decida el fondo de la presente causa”*.

La mayoría sentenciadora consideró imperativo la declaración de la tutela cautelar, *“en aras de garantizar la operatividad de los derechos a la igualdad y a la educación, consagrados por los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

En relación con el conferimiento de la medida cautelar, llama la atención a este salvante el cambio radical, y sin explicación alguna, del criterio de la mayoría sobre el estudio de una pretensión cautelar.

En efecto, es común que la mayoría de la Sala niegue, sistemáticamente, peticiones cautelares con base en el señalamiento de que su estudio implicaría un pronunciamiento que tocaría el fondo del asunto debatido. Respecto a esa decisión, quien suscribe, ha rendido opinión disidente, pues considera que los requisitos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* implican que exista presunción del derecho que se reclama y del peligro del retardo judicial; implicaciones que, evidentemente, exigen un análisis presuntivo y *a priori* de la probabilidad de éxito de la pretensión principal, lo que no es, en modo alguno, un “adelanto” ni “inmiscución” en el fondo del asunto.

Se reitera que el juicio que se efectúa en sede cautelar, es de verosimilitud y no de plena certeza, con lo cual, si bien quien discrepa comparte que las medidas cautelares se analicen, pues parte de la premisa de que esa labor, per se, no constituye pronunciamiento de fondo, en el caso de autos sorprende la mutación de la mayoría sentenciadora, ya que contradice su propio criterio sobre el conferimiento de una tutela cautelar.

Este salvante estimula a los demás magistrados integrantes de esta Sala Constitucional, a que mantengan el cambio de criterio jurídico que manifestaron en este veredicto –aunque sin justificación– en futuras oportunidades en los que se soliciten medidas cautelares, y no reincidan en la contradicción de la desestimación de una pretensión cautelar porque su análisis implica un juzgamiento sobre el fondo.

Queda así rendido este voto salvado.

4. *Derechos de los Pueblos Indígenas*

TSJ-SPA (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional.

Establecido lo anterior, se observa que la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA) alegaron que el pueblo indígena Barí en el año 1961 “*obtuvo del Estado venezolano una ZONA DE RESERVA INDÍGENA BARÍ*”, y que siempre han ejercido la propiedad sobre esa área a la vista y aceptación de extraños y conocidos; que esa reserva o resguardo indígena les fue ratificada en decisión emanada del Ministro de Justicia de fecha 13 de julio de 1992; que el 20 de diciembre de 2000 solicitaron ante el Ejecutivo Nacional se les “*RATIFICARA el TITULO DE PROPIEDAD COLECTIVA de la ZONA DE RESERVA INDÍGENA en el proceso de DEMARCACION y se [les] dotare el TITULO RATIFICATORIO respectivo*” (sic), petición que fue reiterada en el año 2001.

Asimismo, los actores adujeron que el artículo 119 de la Constitución de 1999 estableció el derecho de los pueblos indígenas a gozar y a tener su propio territorio en propiedad y posesión, constituido por las áreas que ocupan ancestralmente, antes del período colonial; que

la Disposición Transitoria *Décimosegunda eiusdem* prevé un lapso de dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución para que el Ejecutivo Nacional demarcara los territorios indígenas, el cual venció el 30 de diciembre de 2001; que esa obligación, “*en lo que respecta a [su] pueblo no se ha cumplido*”, que han sido “*vanos e infructuosos*” los esfuerzos verbales y escritos realizados ante la Procuraduría General de la República y ante los representantes indígenas de la Asamblea Nacional.

Solicitaron que se ordene “*sin más dilación*” que se realice la demarcación de sus tierras, conforme a lo establecido en la “*Gaceta Oficial N° 196.733, de fecha 05 de abril de 1961*”, y se ordene a la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “*estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título*”.

En primer término, observa la Sala que los recurrentes aducen que existe en Venezuela una “*zona de reserva indígena barí*”, decretada por el Ejecutivo Nacional en el año 1961.

Se advierte que consta en autos copia de la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 5 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.520 del 05 de abril de 1961*), que estableció lo siguiente:

“(…) Resuelto:

A los fines de la aplicación del Decreto N° 250 sobre expediciones a lugares ocupados por indígenas, de fecha 27 de julio de 1951, se declara zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia y comprendida dentro de los linderos siguientes:

Norte: Desde la frontera con la República de Colombia, siguiendo la cuenca hidrográfica del Río Tucuco hasta la Sierra de Marigua.

Sur: El curso del Río de Oro en su frontera con Colombia.

Este: La serranía de Marigua hasta el Río de Oro.

Oeste: La Sierra de Perijá o frontera con Colombia.” (Resaltado de la Sala).

La resolución conjunta parcialmente transcrita declaró **zona ocupada por indígenas** la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia, comprendida dentro de los linderos que ahí se detallan. **Se observa que esa Resolución no precisa de cuáles indígenas se trata; porque en ninguna parte de su texto la mencionada resolución estableció, es decir, no determinó ni afirmó que esa zona sólo era ocupada por los indígenas Barí**, ni el derecho de propiedad a favor del mencionado pueblo indígena sobre esas tierras.

Precisado lo anterior, se observa que lo alegado por los recurrentes se traduce en la presunta omisión del Ejecutivo Nacional en dar cumplimiento a lo previsto en la Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 119 *eiusdem*, normas que disponen lo siguiente:

“*Artículo 119.- El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.*”

... *omissis* ...

Disposición transitoria Décimosegunda.- “La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.” (Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se deriva que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional. Se incorporó asimismo una obligación concreta a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar dichas tierras, lo cual deberá hacer –con la participación de los pueblos indígenas- todo ello a fin de garantizarles su desarrollo y el mantenimiento de sus formas de vida. Así, gracias a la Constitución de 1999 los aborígenes pueden aspirar y lograr que se delimiten sus territorios.

Precisado lo anterior, la Sala pasará a revisar los siguientes asuntos: I) Los instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena (en orden cronológico, sin atender a la jerarquía); II) El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; III) Los acuerdos de la Asamblea Nacional en esta materia; IV) Las Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha exhortado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, demarcando las tierras indígenas; V) Los documentos aportados y su valor probatorio; VI) Otras consideraciones para arribar a las Conclusiones Generales (VII) y Determinaciones u órdenes (VIII).

Se advierte que, aún cuando la Constitución de 1999 reconoció los derechos de las comunidades ancestrales con la mayor amplitud establecida hasta entonces por Constitución alguna; sin embargo, en ese mismo año, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, antes de que se promulgase dicho texto fundamental, emitió un Decreto, con el cual inició ese reconocimiento de la propiedad indígena.

I.- Instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena.

Con respecto a los instrumentos jurídicos que regulan el asunto, la Sala advierte que el legislador no precisó con el debido rigor qué normas subsisten como vigentes y cuáles deroga, en la profusa normativa que se cita a continuación:

A.- Decreto N° 3.273 del 29 de enero de 1999 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual se dictó el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas

“Artículo 2.- El Ejecutivo Nacional reconocerá el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras tradicional y efectivamente ocupadas por las comunidades indígenas y ordenará lo conducente para su formalización.”

“Artículo 4.- Para el reconocimiento de la propiedad colectiva, las comunidades indígenas deberán organizarse y adquirir personalidad jurídica con la inscripción de su acta constitutiva y estatutos en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.”

“Artículo 5.- El representante legal de la Comunidad Indígena interesada deberá solicitar ante la Procuraduría General de la República, en forma escrita, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente vienen ocupando.”

“Artículo 7.- Recibida la solicitud (...) la Procuraduría General de la República requerirá al Ministerio de Agricultura y Cría el estudio catastral de las tierras a que se contrae la solicitud.”

“Artículo 8.- *El Ministerio de Agricultura y Cría, a través de la Dirección General Sectorial de Catastro, en un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de su requerimiento, remitirá a la Procuraduría General de la República el informe técnico sobre la verificación de los aspectos físicos y jurídicos del área cuyo estudio catastral fue solicitado.*”

“Artículo 10.- *El Ministerio de Agricultura y Cría podrá solicitar un informe técnico al Servicio Autónomo de Geografía y Cartografía Nacional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y cualquier otro organismo técnico competente en la materia. (...)*”

“Artículo 11.- *Verificada la ocupación originaria, tradicional y efectiva de las tierras, la Procuraduría General de la República, en un plazo de diez (10) días hábiles solicitará las instrucciones de Ley al Ministerio competente de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Central y al régimen de uso aplicable según su ubicación. (...)*”

“Artículo 12.- *El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio competente, instruirá a la Procuraduría General de la República, sobre lo solicitado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al recibo del expediente administrativo respectivo.*”

“Artículo 13.- *La Procuraduría General de la República elaborará y suscribirá el documento de propiedad respectivo para su debida protocolización, a favor de la comunidad indígena interesada, por instrucciones del Ejecutivo Nacional, en caso de ser procedente el reconocimiento de la propiedad colectiva solicitada.*” (Resaltado de la Sala).

B.- Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.118 de fecha 12 de enero de 2001)

“Artículo 2.- *A los fines de esta Ley se entiende por: (...)*

2.- *Tierras Indígenas: Aquellos espacios físicos y geográficos determinados, ocupados tradicional y ancestralmente de manera compartida por una o más comunidades indígenas. (...)*”.

“Artículo 3.- *El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, tendrá a su cargo la coordinación, planificación, ejecución y supervisión de todo el proceso nacional de demarcación regulado por la presente Ley.*”

“Artículo 4.- *El proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas será realizado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidas.*”

“Artículo 6.- *Se creará la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, la cual estará integrada por los Ministerios del Ambiente y de los Recursos Naturales; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de la Producción y el Comercio; Ministerio de Educación, Cultura y Deportes; Ministerio de la Defensa, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Interior y Justicia y ocho (8) Representantes Indígenas y demás organismos que designe el Presidente de la República (...)*”

“Artículo 8.- *Para garantizar los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus hábitat y tierras, el Proceso Nacional de Demarcación se llevará a cabo tomando en cuenta la consulta y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, las realidades ecológicas, geográficas, toponímicas, poblacionales, sociales, culturales, religiosas, políticas e históricas de los mismos y se considerará:*

- 1.- *Hábitat y tierras identificados y habitados únicamente por un solo pueblo indígena.*
- 2.- *Hábitat y tierras compartidas por dos o más pueblos indígenas.*
- 3.- *Hábitat y tierras compartidos por pueblos indígenas y no indígenas.*
- 4.- *Hábitat y tierras que están en Áreas Bajo Régimen de Administración Especial.*

5.- Hábitat y tierras en las cuales el Estado u organismos privados hayan decidido implementar proyectos de desarrollo económico y de seguridad fronteriza.”

“Artículo 9.- Los pueblos y comunidades indígenas que ya posean distintos títulos de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan o proyectos de autodemarcación adelantados, podrán solicitar la revisión y consideración de sus títulos y proyectos para los efectos de la presente Ley. Aquellos pueblos y comunidades indígenas que han sido desplazados de sus tierras y se hayan visto obligados a ocupar otras, tendrán derecho a ser considerados en los nuevos procesos de demarcación.”

“Artículo 11.- En el Proceso Nacional de demarcación se tomará en cuenta los linderos que de acuerdo a la ocupación y uso ancestral y tradicional de sus hábitat y tierras, (...) señalen los pueblos y comunidades indígenas, y se ejecutará conforme a las normas y especificaciones técnicas dictadas por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar.”

“Artículo 12.- Una vez conformado el expediente del Hábitat y Tierra de cada pueblo o comunidad indígena, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales lo remitirá a la Procuraduría General de la República a los fines de expedición del título de propiedad colectiva de los mismos.

Expedido el título correspondiente los interesados deberán inscribirlo ante la oficina municipal de Catastro respectivo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional.”

“Artículo 14.- El Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas abarca los pueblos y comunidades hasta ahora identificados: (...) Zulia: (...) barí, wayuu (guajiro), yukpa (...) Este proceso también incluye los espacios insulares, lacustres, costaneros y cualesquiera otros que los rublos y comunidades indígenas ocupen ancestral y tradicionalmente, con sujeción a la legislación que resulta de dichos espacios.

La enunciación de los pueblos y comunidades señalados no implica la negación de los derechos que tengan a demarcar su hábitat y tierras otros pueblos o comunidades que por razones de desconocimiento no estén indicados en esta Ley.”

“Artículo 16.- Las normas generales y particulares contenidas en esta Ley se aplicarán con preferencia a las disposiciones del ordenamiento legislativo nacional que se opongan a ella” (Resaltado de la Sala).

C.- Decreto N° 1.392 del 03 de agosto de 2001 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.257 del 09 de agosto de 2001)

“Artículo 1.- Se crea la Comisión Presidencial denominada ‘Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas’ con carácter temporal, que tendrá por objeto promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que será desarrollado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.”

“Artículo 4.- La Comisión (...) tendrá las siguientes atribuciones:

1.- Proponer las directrices, mecanismo y acciones que definan y coadyuven al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

2.- Orientar y proponer las directrices y procedimientos pertinentes para la sustanciación de los expedientes que deben conformarse a los fines de la demarcación del hábitat y tierras de cada pueblo y comunidad indígena para los efectos de la titulación correspondiente.

3.- Proponer los mecanismos y procedimientos que aseguren la participación de los pueblos y comunidades indígenas, así como de sus organizaciones, en el proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

4.- *Asesorar a los organismos intervinientes en todo lo relativo a la coordinación, planificación, ejecución y supervisión del proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, así como en cualquier otro aspecto conexo al mismo.*

5.- *Conformar los grupos de trabajo que sean necesarios a los fines de dar cumplimiento a sus atribuciones.*” (Resaltado de la Sala).

D.- Ley Aprobatoria del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001)

“Artículo 13.- 1.- (...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las <tierras> o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupen o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (...)

“Artículo 14. 1.- **Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.** Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2.- **Los gobiernos deberán** tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y **garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.**

3.- *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.* “

“Artículo 18.- *La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.*”

“Artículo 36.- *Este convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 [convenio 107].*” (Resaltado de la Sala).

E.- Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007 (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2007), **mediante el cual se reformó el Decreto de creación de la Comisión Presidencial “Misión Guaicaipuro”** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2004)

“Artículo 1.- **Se crea la Comisión Presidencial ‘Misión Guaicaipuro’, con carácter permanente, que tendrá por objeto coordinar, promover y asesorar todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela, en cumplimiento a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**”

“Artículo 3.- *La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:*

1.- *Articular y Coordinar la ejecución de políticas, planes, programas, proyectos y medidas para la restitución de los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas diseñado por el Gobierno Nacional en concordancia con el poder comunal. (...)*” (Resaltado de la Sala).

F.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005)

“Artículo 20.- El Estado reconoce y garantiza a los pueblos y comunidades indígenas, su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, así como la propiedad colectiva de las mismas, las cuales son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Las tierras de los pueblos y comunidades indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles.”

“Artículo 21.- El Estado Garantiza a los pueblos y comunidades indígenas la protección y seguridad debida en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en los espacios fronterizos, preservando la integridad del territorio, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social e integral.”

“Artículo 23.- El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley. Para la demarcación y titulación serán de obligatoria observación las realidades culturales, etnológicas, ecológicas, geográficas, históricas y la toponimia indígena, los cuales deberán reflejarse en los documentos correspondientes.”

“Artículo 25.- Los pueblos y comunidades indígenas que cuenten con documentos definitivos o provisionales, que acrediten su propiedad o posesión colectiva sobre sus tierras, otorgados sobre la base de diferentes dispositivos de la legislación agraria o según el derecho común, incluso títulos coloniales registrados o no, podrán presentarlos a los fines de la demarcación y titulación de conformidad con la ley que rige la materia y con la presente Ley. Adicionalmente deben incluirse como parte del hábitat y tierras indígenas, aquellos espacios geográficos a los que estos pueblos y comunidades han tenido acceso ancestral y tradicionalmente, aunque dichos títulos no versaren sobre ellos.”

“Artículo 26.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en ningún caso puede ser calificadas como baldías, ociosas o incultas a los fines de su afectación o adjudicación a terceros en el marco de la legislación agraria nacional, ni consideradas como áreas de expansión de las ciudades para su conversión en ejidos.”

“Artículo 27.- Los pueblos y comunidades indígenas determinarán, de común acuerdo y según sus usos y costumbres las formas, uso y sucesión de su hábitat y tierras. Las controversias que puedan surgir al respecto serán resueltas en base a su derecho propio y en su jurisdicción.”

“Artículo 28.- Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al uso, goce, aprovechamiento y a participar en la administración de su hábitat y tierras, a los fines de mantener sus formas de vida, promover sus prácticas económicas y definir su participación en la economía nacional. Sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que rigen la materia.”

“Artículo 29.- La propiedad colectiva del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas podrá ser de uno o más pueblos y de una o mas comunidades indígenas según las condiciones, características y exigencias de los mismos.”

“Artículo 30.- Los títulos de propiedad colectiva sobre el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, otorgados con las formalidades de la presente Ley, deben ser otorgados ante la oficina municipal de catastro y ante el registro especial que al efecto creará el Ejecutivo Nacional. Los títulos de propiedad colectiva están exentos del pago de derechos de registro y de cualquier otra tasa o arancel, que se establezca por la prestación de este servicio. En los Municipios que corresponda conforme a la ley que regula la materia, se creará el catastro del hábitat y tierras indígenas y dispondrá lo necesario para la inserción de los títulos de propiedad colectiva indígena.”

“Artículo 31.- Las tierras correspondientes a los pueblos y comunidades indígenas no podrán constituirse en ejidos. Las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas que hayan sido declaradas como ejidos, serán transferidas a estos pueblos y comunidades indígenas previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales, a los fines de su demarcación y titulación conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley, sin menoscabo de los derechos de terceros.”

“Artículo 32.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas sobre los cuales se han establecido las áreas naturales protegidas, deben ser incluidas en la demarcación y titulación del hábitat y tierras conforme a la presente Ley y demás disposiciones legales que rigen la materia.” (Resaltado y subrayado de la Sala).

G.- Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 extraordinario del 29 de julio de 2010)

“Artículo 34.- Con el objeto de establecer las bases del desarrollo rural, el Instituto Nacional de Tierras (INTI), adoptará las medidas que estime pertinentes para la transformación de todas las tierras con vocación de uso agrícola en unidades productivas bajo modalidades organizativas diversas, privilegiando las de propiedad social. En cumplimiento de este mandato, podrá rescatar toda tierra de su propiedad, o del dominio de la República, institutos autónomos, corporaciones, empresas del Estado, fundaciones o cualquier entidad de carácter público nacional, incluso baldíos nacionales que se encuentren ociosas o de uso no conforme.

En aquellas zonas sometidas a un régimen de administración especial, adoptará las medidas que estime pertinentes en coordinación con el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia ambiental.

Parágrafo único: En lo relativo a las tierras y hábitat de los pueblos y comunidades indígenas, se aplicará lo establecido en la ley orgánica que rige la materia.” (Resaltado de la Sala).

II.- El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas

“Artículo 33.- Las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas y las organizaciones indígenas participarán en la planificación y ejecución de las actividades de demarcación a los fines de facilitar entre otros aspectos, el levantamiento topográfico y cartográfico del hábitat y tierras indígenas a demarcar. En el proceso de demarcación se le dará especial importancia a los conocimientos ancestrales y tradicionales aportados por los ancianos y ancianas indígenas sobre la ocupación del hábitat y tierras.”

“Artículo 34.- El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas estará a cargo del Ejecutivo Nacional por órgano del ministerio competente según lo previsto en la ley que rige la materia. La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales de demarcación o, los entes que a tales fines sean creados, actuarán por órgano del ministerio con competencia en esta materia, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones legales y reglamentarias.”

“Artículo 35.- El Ejecutivo Nacional, a través de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dispondrá de los recursos humanos, económicos, científicos y tecnológicos necesarios para la demarcación del hábitat y tierras indígenas. El Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar debe prestar todo su apoyo científico, tecnológico y logístico en el proceso de demarcación del hábitat y tierras indígenas.”

“Artículo 36.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, requerirán de los órganos del Poder Público Nacional, estatal y municipal, toda la información que dispongan sobre los pueblos y comunidades indígenas que guarden relación con el proceso de demarcación.”

“Artículo 37.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, podrán en cualquier momento subsanar las faltas o vicios de índole administrativo que puedan surgir durante el procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas, de lo que deberán ser notificados los interesados.”

*“Artículo 38.- **El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas se iniciará de oficio o a solicitud del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas, directamente o a través de sus organizaciones indígenas previstas en esta Ley. Corresponde a las comisiones regionales de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas el inicio del procedimiento, la apertura y sustanciación del respectivo expediente.***

Cuando el procedimiento de demarcación se inicie a solicitud de parte interesada, en forma oral o escrita, se requerirá la siguiente información:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas de pertenencia.*
- 2.- Identificación de las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas o de sus organizaciones indígenas.*
- 3.- Población estimada.*
- 4.- Ubicación geográfica, indicando en forma práctica los linderos aproximados del hábitat y tierras solicitadas, así como otra información geográfica, expresando si son compartidos con otros pueblos y comunidades indígenas.*
- 5.- Documentos de cualquier naturaleza sobre el hábitat y tierras indígenas a demarcar, si los hubiere.*
- 6.- Proyecto de demarcación o autodemarcación del hábitat y tierras indígenas, si lo hubiere.*
- 7.- Existencia de terceros no indígenas dentro del hábitat y tierras indígenas.*
- 8.- La dirección donde se harán las notificaciones y la firma del o los solicitantes.*
- 9.- Cualquiera otra información necesaria para la demarcación.*

Si la solicitud es presentada en forma oral, se levantará un acta al efecto. En cualquiera de los casos, se dará constancia del recibo de la petición.

Cuando el procedimiento se inicia de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas ordenará la apertura del expediente y librára las boletas de notificación correspondiente. En fin todo lo demás se regirá conforme al procedimiento de solicitud de parte.”

*“Artículo 39.- **Las solicitudes de demarcación del hábitat y tierras indígenas se tramitarán por orden cronológico y cuando existan varias peticiones de una misma comunidad, grupo de comunidades o pueblos indígenas, sobre un mismo espacio geográfico se acumularán en un solo expediente.***”

“Artículo 40.- Recibida la solicitud o iniciada de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los tres días hábiles siguientes, dictará el auto de apertura del expediente de demarcación del hábitat y tierras indígenas.

Si la solicitud es presentada ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, ésta la remitirá dentro de los tres días hábiles siguientes a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas correspondiente, para la apertura y sustanciación del expediente.”

“Artículo 41.- Dictado el auto de apertura del procedimiento, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los tres días hábiles siguientes, librará las boletas de notificación a los órganos, entes competentes del Estado, a las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas y demás interesados.

*Dentro del mismo lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas ordenará la publicación de un cartel en dos diarios, uno de circulación nacional y otro de circulación regional, en el cual se colocará un ejemplar en un sitio visible en la sede de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, a los fines de notificar a toda persona cuyos derechos e intereses puedan verse afectados en el procedimiento de demarcación. El cartel contendrá la identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados, ubicación del hábitat y tierras objeto del procedimiento, y cualquier otra información que se estime necesaria, para que dentro de los quince días hábiles en que conste en el expediente, dicho cartel publicado y las publicaciones correspondientes, presenten sus alegatos y defensas. **En el procedimiento de demarcación no opera la perención.***

En los procedimientos judiciales o administrativos que pretendan el desalojo de pueblos y comunidades indígenas, el juez o la autoridad competente deberá, desde la declaratoria del inicio del procedimiento de demarcación, hasta el acto definitivo de demarcación, paralizar el procedimiento y abstenerse de decretar y ejecutar medidas de desalojo en contra de estos pueblos y comunidades que, ancestral y tradicionalmente se encuentren dentro de los espacios geográficos sujetos al procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas.

Dictado el acto definitivo de demarcación, el juez o la autoridad competente adecuará su decisión a lo resuelto en dicho acto.

“Artículo 42.- Vencido el lapso de la presentación de los alegatos y defensas, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas involucrados, realizarán los estudios técnicos, socioculturales, físicos, jurídicos, y elaborará el informe de demarcación en un lapso de sesenta días continuos prorrogable por el mismo lapso, el cual contendrá los siguientes aspectos:

- 1.- Situación cultural de los pueblos y comunidades indígenas: (...).*
- 2.- Situación física de los pueblos y comunidades indígenas involucrados (...)*
- 3.- Situación jurídica del hábitat y tierras: (...)*
- 4.- Situación de terceros no indígenas (...).*
- 5.- Posibles conflictos que pudieren surgir como consecuencia de la demarcación.”*

“Artículo 43.- Dentro del lapso previsto para elaboración del informe de demarcación serán analizados los alegatos, defensas y pruebas presentadas por los interesados. En caso de conflictos, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas propondrá los medios alternativos de solución de conflictos, sin menoscabo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.”

“Artículo 44.- Elaborado el informe de demarcación, éste será distribuido entre los miembros de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los quince días continuos al vencimiento del lapso anterior para su discusión. En el mismo lapso, el informe será remitido a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas involucrados, quienes podrán presentar las propuestas u observaciones que consideren pertinentes.

Vencido el lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, tendrá quince días hábiles para la discusión del informe de demarcación, el cual requerirá para su aprobación, el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de esta Comisión. Aprobado el informe de demarcación, se remitirá con el expediente a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas para su revisión, discusión y dictamen.”

“Artículo 45.- Recibido el informe con el expediente por la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, lo distribuirá entre sus miembros dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción y fijará su discusión para el quinto día hábil siguiente a la fecha de su distribución. Agotado el término, tendrá un lapso de quince días hábiles para su discusión.

Si de la revisión se evidencia la falta de alguno de los elementos que debe contener el informe de demarcación o el expediente, solicitará a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas respectiva, remitir la información faltante en un lapso de cinco (5) días hábiles. Recibida la información o vencido este lapso, continuará la discusión del informe de demarcación, la cual no excederá de un lapso de quince días hábiles.”

“Artículo 47.- Concluido el lapso de discusión del informe de demarcación, revisadas y analizadas todas las actuaciones que contiene el expediente, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los cinco días hábiles siguientes, se pronunciará mediante dictamen motivado sobre la demarcación y titulación del hábitat y tierras indígenas, el cual contendrá:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados.*
- 2.- Indicación de los linderos y medidas del hábitat y tierras indígenas reconocidos como propiedad colectiva indígena.*
- 3.- Indicación de los espacios o áreas ocupados por terceros y su identificación, si los hubiere.*
- 4.- Indicación de los espacios geográficos correspondientes a áreas naturales protegidas, si los hubiere.*
- 5.- Indicación de terrenos declarados como ejidos, si los hubiere.*
- 6.- Indicación de los espacios geográficos donde se estén ejecutando proyectos, concesiones o actividades de carácter público, privado o mixto de desarrollo o aprovechamiento de recursos naturales, acompañándose los mapas y demás documentos correspondientes.*
- 7.- Exposición motivada de los aspectos legales y jurídicos.*
- 8.- Cualquier otro dato necesario para el dictamen.*

Aprobado el dictamen, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los cinco días hábiles siguientes, lo remitirá mediante oficio con el expediente de demarcación en su forma original, a la Procuraduría General de la República a los fines de que sea expedido el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo reservándose copia certificada del expediente y del dictamen de demarcación.

La Procuraduría General de la República, en un lapso de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibo del dictamen con el expediente de demarcación, expedirá el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas. Dentro del mismo lapso, la Procuraduría General de la República podrá solicitar por ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas información concerniente al dictamen de demarcación. Se establece un lapso de quince días hábiles para la protocolización y registro del título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indi-

genas por ante el registro especial correspondiente. Este acto agota la vía administrativa, y contra él se podrá ejercer el recurso de nulidad (...) ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los sesenta días siguientes a su registro y protocolización en el registro especial respectivo.” (Resaltado de la Sala).

III.- Acuerdos de la Asamblea Nacional en materia indígena.

1º *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.749 de fecha 08 de agosto de 2003:

“Solicitar al Ejecutivo Nacional, y en especial al Consejo Nacional de Demarcación, la celeridad en la Demarcación del Hábitat y Tierras ancestrales de los pueblos indígenas de Venezuela”. (Resaltado de la Sala).

2º *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.237 del 07 de agosto de 2009:

“(…) TERCERO: Impulsar y apoyar las políticas públicas que permitan reafirmar los derechos originarios, históricos y específicos de los pueblos y comunidades indígenas previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comenzando por la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos indígenas. (...)” (Resaltado de la Sala).

IV.- Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha instado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, y proceda con prontitud a demarcar las tierras y territorios indígenas:

1) N° 01002 de fecha **14 de junio de 2007**, caso: *Comunidad Indígena Yukpa y Asociación Oshipa vs. República Bolivariana de Venezuela*, expediente N° 2002-0501, esta Sala dispuso lo siguiente:

“(…) Sin perjuicio de la declaratoria anterior, visto que el caso concreto implica la efectiva materialización de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el Capítulo VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera que la autoridad administrativa encargada debe encaminarse decididamente a lograr la plena efectividad de los derechos de estos pueblos, por lo que se acuerda remitir copia certificada del presente fallo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, como órgano encargado de coordinar, planificar, ejecutar y supervisar lo relacionado con el proceso de demarcación bajo análisis, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, para que continúe activamente en el correcto cumplimiento de las provisiones legales sobre la materia (...)” (Resaltado de la Sala).

Aunque la decisión parcialmente transcrita no se refiere al pueblo Barí, lo cierto es que se relaciona con la demarcación de las tierras indígenas, motivo por el cual a juicio de esta Sala, constituye un antecedente de las veces en que se ha instado al Ejecutivo Nacional a realizar la mencionada demarcación de tierras.

2) N° 0702 de fecha **21 de mayo de 2009**, de carácter interlocutorio, sentencia dictada en esta misma causa, en la cual la Sala, al referirse a lo previsto en el artículo 119 y Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de 1999, estableció:

“(…) Tales normas constituyen imperativos categóricos que debe cumplir la República, en un determinado plazo, para hacerle justicia a los pueblos indígenas, preteridos por siglos hasta 1999, cuando esta Constitución reconoció sus derechos ancestrales, entre éstos la demarcación de sus tierras. (...) que –aun cuando evidentemente se ha estado cumpliendo en diferentes puntos de la geografía nacional- todavía es un proceso no concluido, que debe acelerarse en honor a los habitantes ancestrales de la tierra venezolana, nuestros primigenios pobladores.

En consecuencia, como tales preceptos constitucionales son principios rectores de la venezolanidad, en el marco de un Estado de Derecho y de Justicia que tiende al socialismo como forma de justicia suprema, debe la República concluir cabalmente la demarcación de las tierras que ocupan nuestros indígenas nacionales desde tiempos inmemoriales (...)” (Resaltado de la Sala).

V.- Documentos aportados y su valor probatorio:

V.1.- Documento consignado por los actores:

V.1.1.- Escrito de fecha **20 de diciembre de 2000**, esto es, bajo la vigencia del Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual los actores solicitaron ante la Procuraduría General de la República se realice *“la DEMARCACION de lo que posee[n] y ti[enen] bajo título público, ratificando el título de propiedad sobre esas tierras y se ordene su protocolización”* (sic) de acuerdo a la reserva indígena establecida en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 de fecha 05 de abril de 1961 (folios 13 al 19 expediente judicial).

V.2.- Documentos que cursan en el expediente administrativo:

V.2.1.- Copia fotostática del escrito presentado por los recurrentes el 01 de febrero de 2001 ante la Procuraduría General de la República, mediante el cual pidieron respuesta a su petición del 20 de diciembre de 2000 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de 1999 y en la que, por haber entrado en vigencia la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas el 12 de enero de 2001, piden que remita su solicitud a los fines de su trámite al organismo competente de acuerdo a dicho texto legal (folios 8 y 9 expediente administrativo).

V.2.2.- Originales de los oficios números 0316 y 317 ambos de fecha 28 de febrero de 2001, mediante los cuales la Procuradora General de la República informó a los actores que sus solicitudes fueron remitidas al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales en virtud de tener a su cargo la ejecución del proceso nacional de demarcación conforme al artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, y a través del cual se remitieron las mencionadas solicitudes al referido despacho Ministerial, respectivamente (folios 5, 6 y 7 expediente administrativo).

V.2.3.- Original del escrito de fecha 09 de marzo de 2001 mediante el cual los recurrentes solicitaron reconsideración del citado oficio N° 0316 del 28 de febrero de 2001 emanado de la Procuraduría General de la República, por considerar que más que una demarcación, lo solicitado por ellos fue *“que se le reconozca y se tenga como válido y se le ratifique, su título legalmente emitido y respaldado por la posesión permanente, en sus linderos y extensiones precisas”* (folios 2 al 4 expediente administrativo).

V.3.- Documentos aportados por la representación judicial de la República:

V.3.1.- Copias fotostáticas de los oficios cuyos datos se especifican en el capítulo de las pruebas, todos del año 2002, mediante los cuales la Presidenta de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial).

V.3.2.- Copia fotostática del Resumen Informativo del proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela, sin identificación de autor (folios 178 al 184 expediente judicial).

La Sala advierte que esta copia no contiene firma ni fecha, por lo que, en virtud de la imposibilidad de establecer su autoría, no se le da valor probatorio.

V.3.3.- Copia fotostática del Informe de Actividades elaborado por la ciudadana Lya CÁRDENAS, sin identificación en autos, “*personal de apoyo técnico de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional [de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas]*”, realizado con motivo del “*Taller de Sensibilización sobre el proceso de demarcación del Estado Zulia*”, efectuado en “*octubre, 2002*”, y listado de asistentes; documentos en los que se detallan las actividades realizadas por esa Comisión hasta octubre de 2002, las cuales consisten principalmente en reuniones con distintas asociaciones indígenas (dentro de las que no figura la asociación recurrente), la elaboración del Reglamento Interno de Funcionamiento de la mencionada Comisión, y la realización de talleres de trabajo relacionados con el tema de la demarcación (folios 203 al 208 expediente judicial). Esta copia tiene valor indiciario, pero no se relaciona expresamente con la etnia Barí.

V.4.- Documento aportado por el Ministerio Público:

V.4.1.- Original del oficio N° 079 de fecha 03 de marzo de 2010 mediante el cual el Director General de la Oficina de Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores informó a la Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Salas Plena, Constitucional, Político-Administrativa y Electoral, lo siguiente:

“(…) Es grato dirigirme a usted, en ocasión de (...) dar respuesta a su atento oficio número (...) de fecha 03/03/10, donde se nos solicita información ‘si en la Zona de la Sierra de Perijá se encuentra demarcada o no la Zona correspondiente a la República Bolivariana de Venezuela y la correspondiente a la República de Colombia y en caso de ser afirmativa su respuesta, especifique si tal demarcación se ha efectuado de manera total o parcial’.

En relación a la solicitud planteada, esta Oficina se permite informar primeramente que el sector en referencia se encuentra completamente **delimitado**, por los respectivos instrumentos jurídicos suscritos por ambos Gobiernos y que el Tratado de Demarcación y Navegación de Ríos Comunes de 1941, establece en su Artículo 1: ‘Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia declaran que la frontera entre las dos Naciones está en todas sus partes definidas por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre materia de límites quedan terminadas; y que reconocen como definitivos e irrevocables los trabajos de demarcación hechos por las Comisiones Demarcadoras en 1901, por la Comisión de Expertos Suizos (...)’.

Por otra parte, se informa que durante los años 1998 y 2000, la Comisión Mixta Venezolano-Colombiana Demarcadora realizó trabajos de **demarcación** en ejecución de la delimitación, en la Sierra de Perijá, (...) en una extensión de 10,9 kilómetros en el sector conocido localmente como Cerro El Avión erigiendo 35 hitos internacionales de frontera y determinando 249 posiciones GPS que identifican el sector demarcado (se anexa croquis del sector demarcado). En virtud de lo anterior, recordando que el sector está debidamente delimitado, hasta ahora se ha realizado una demarcación ‘parcial’ en la Sierra de Perijá. (...)” (folio 427 al 430 expediente judicial) (Subrayado y resaltado del texto).

Se deja constancia de que este instrumento fue consignado por la representación del Ministerio Público, varios días después de haberse celebrado el acto de informes orales. El mencionado instrumento es de los denominados documentos administrativos, los cuales según el criterio de esta Sala “*configuran una tercera categoría de prueba instrumental que no puede ser asimilada a la del documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues*

no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Sin embargo, su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así, ha dejado establecido la Sala en anteriores oportunidades, que los documentos administrativos se asemejan a los privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 eiusdem), pero sólo en lo que respecta a su valor probatorio, pues en ambos casos debe tenerse por cierto su contenido (...). Dado que la declaración contenida en estas documentales hace fe hasta prueba en contrario, estima la Sala que los documentos administrativos pueden producirse hasta los últimos informes, como lo prevé el Código de Procedimiento Civil para el caso de los documentos públicos y, en consecuencia, los mismos han de tener valor probatorio a los efectos del estudio del caso de autos. (...)” (Sentencia N° 01419 del 06 de junio de 2006) (Resaltado de la Sala).

Respecto de este oficio, la Sala considera, conforme al criterio parcialmente transcrito, que los documentos administrativos pueden ser presentados por las partes hasta los últimos informes. En el presente caso el referido oficio fue presentado por el Ministerio Público luego de dicho acto procesal. Al respecto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. (...)

6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.”

De la norma parcialmente transcrita se deriva que el Ministerio Público es parte de buena fe y tutor de la legalidad en todos los juicios.

Con fundamento en lo expuesto y tomando en cuenta que lo consignado es un documento administrativo cuyo contenido debe tenerse por cierto hasta prueba en contrario, estima la Sala que de este documento se deriva que ha sido demarcada parcialmente la Sierra de Perijá (una extensión de 10,9 kilómetros), pero que ello obedece a la demarcación de frontera con Colombia y no a la de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

VI.- Otras consideraciones:

Por otra parte, de acuerdo a los instrumentos legales que rigen la materia, parcialmente transcritos en este fallo, se observa que para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras (20 de diciembre de 2000), además de la Constitución de 1999 que establecía la obligación a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar los territorios indígenas – con la participación de los pueblos originarios- y reconocer los derechos que esos grupos étnicos tienen sobre las tierras que ancestralmente ocupan, estaba en vigencia el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), que preveía un procedimiento para dicha demarcación, procedimiento que -según se evidencia de autos- no fue cumplido.

El **12 de enero de 2001** entró en vigencia la **Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas**, la cual establece que el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales era el competente para coordinar, planificar, ejecutar y super-

visar todo el proceso nacional de demarcación, que debería realizarse con la participación de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidos (artículos 3 y 6 *eiusdem*). Dicha ley estableció que se crearía posteriormente la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas**, y se contempló un procedimiento conforme al cual el expediente debía ser sustanciado en el mencionado Ministerio y luego remitido a la Procuraduría General de la República, a los fines de la expedición del título de propiedad colectiva de las tierras.

Como ha sido expresado antes, en fecha **28 de febrero de 2001** la Procuraduría General de la República remitió al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales las solicitudes de demarcación presentadas por los recurrentes, sin que conste en autos ninguna respuesta del referido ministerio, ni prueba alguna de la sustanciación del expediente que debió formarse con relación a dichas solicitudes.

El **09 de agosto de 2001** el Ejecutivo cumplió el imperativo legal, creó la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas** para promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.257 de igual fecha).

En relación con la mencionada **Comisión**, sólo consta en autos que su Presidenta en el año 2002 solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial), y un informe sobre las actividades desplegadas por dicha Comisión hasta octubre de 2002.

El **17 de octubre de 2001** fue publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 la **Ley Aprobatoria del Convenio 169 sobre Pueblos y Comunidades Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo**, consistente en que los estados partes se obligan a reconocer a los pueblos originarios los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y a tomar las medidas necesarias para determinar cuáles son esas tierras y garantizar la protección efectiva de sus derechos ancestrales.

El **03 de agosto de 2004** se creó la **Misión Guaicaipuro** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.997 del 09 de agosto de 2004), reformado por el **Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007** (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 de la misma fecha), que tiene por objeto coordinar, promover y asesorar en todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela.

El 27 de diciembre de 2005 entró en vigencia la **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas** en la que “*El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley*” (artículo 23 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

El mencionado texto legal prevé un procedimiento para la demarcación de las tierras indígenas, que puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte ante las Comisiones Regionales de Demarcación del Hábitat y Tierras de los pueblos y comunidades indígenas, en el que además de los solicitantes se convoca a todos los interesados mediante la publicación de carteles en la prensa nacional y regional.

Está previsto en dicho procedimiento una fase de presentación de alegatos y defensas, así como la realización de un informe de demarcación (que contendrá estudios técnicos, socioculturales, físicos y jurídicos), que será revisado por las comunidades indígenas interesadas y por los miembros de la Comisión Regional de demarcación que corresponda, ente que una vez aprobado lo remitirá a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

La última de las comisiones mencionadas, una vez revisado el asunto, emitirá un dictamen que será enviado a la Procuraduría General de la República para que ésta dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su recepción expida el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo, el cual deberá ser registrado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Advierte la Sala que el citado procedimiento de demarcación no estaba vigente para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de tierras.

VII.- Conclusiones generales:

El análisis de todos los elementos jurídicos y fácticos estudiados conduce a la Sala a arribar a las siguientes **conclusiones generales:**

1ª) Aún cuando el 20 de diciembre de 2000 fue solicitada por los recurrentes la demarcación de las tierras que ancestralmente han ocupado, no consta en autos que esa demarcación haya sido realizada, o al menos iniciada.

2ª) Sólo está acreditado en autos que se han llevado a cabo gestiones, reuniones y talleres referidos, en general, a la demarcación de las tierras indígenas, no sólo la que corresponde a los recurrentes, es decir, no existe un pronunciamiento definitivo en torno a la solicitud de demarcación formulada por los actores.

3ª) Entiende la Sala que la demarcación de las tierras indígenas es un proceso complejo, motivo por el que hasta este momento la Sala había sido del criterio que *“cuando el Constituyente se refirió en la Disposición Transitoria Décima Segunda del Texto Constitucional a que el proceso de demarcación debía realizarse en el lapso de dos años, no aludió a que debía culminarse dentro de dicho lapso (...)”* (sentencia N° 01002 del 14 de junio de 2007) (Resaltado de esta decisión). No obstante lo expuesto, se advierte que han pasado más de diez (10) años desde que entró en vigencia la Constitución de 1999, que estableció a cargo del Ejecutivo Nacional la obligación de demarcar los territorios indígenas -con la participación de esos pueblos originarios- y garantizarles el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras que ancestralmente ocupan. Además se observa que han transcurrido más de nueve (9) años desde que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras, petición constitucional no satisfecha, ni tampoco se verifica que se haya iniciado acto alguno del cual pueda colegirse que se abrió ese procedimiento, en lo que respecta a los recurrentes. Esto evidencia, como conclusión de la Sala, que está probada la omisión denunciada. Así se declara.

4ª) Considera la Sala que tal omisión es tanto más evidente cuanto que ya fue emitida una sentencia interlocutoria en este mismo caso en la que la Sala advirtió al Ministerio del

Poder Popular para el Ambiente que debía resolver la petición de demarcación de la etnia Barí, por cuanto estaba en mora con tal obligación constitucional de carácter constituyente (sentencia interlocutoria N° 0702 de fecha 21 de mayo de 2009).

5ª) Como conclusión final para resolver la petición principal de este recurso de carencia de decisión administrativa, **observa la Sala que por cuanto en el presente caso los recurrentes además de solicitar se declarara con lugar la abstención del Ejecutivo en demarcar sus tierras, pidieron también que se les ratificara su derecho de propiedad colectiva sobre la reserva indígena establecida mediante Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961** (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 del 05 de abril de 1961); y en virtud de que –se reitera– en los párrafos que anteceden esta Sala precisó que dicha resolución lo que hizo fue declarar **zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los distritos Perijá y Colón del Estado Zulia**, comprendida dentro de los linderos que allí se determinaron, sin precisar de cuáles indígenas se trataba y sin establecer derecho de propiedad alguno a favor del mencionado pueblo Barí sobre esas tierras; **concluye la Sala que debe declarar parcialmente con lugar el presente recurso por abstención o carencia**. Así se decide.

VIII.- Determinaciones u órdenes:

Declarada parcialmente esta petición, la Sala **ordena** al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente que -previa la realización de los estudios e informes pertinentes, de conformidad con la normativa vigente **y la participación de los peticionarios- proceda a demarcar los territorios que corresponden a la etnia Barí**, para lo cual dispondrá de un lapso máximo de **seis (6) meses, a partir de que conste en autos su notificación**, conforme a lo previsto en el Título II, capítulos III y IV de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005), e informe a esta Sala de las resultas de tal demarcación. Así se decide.

Igualmente se **ordena** a la Procuraduría General de la República que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem* e informe a la Sala sobre la emisión del mencionado título. Así se determina.

IX.- *Quid iuris* acerca de otras dos peticiones de los recurrentes:

9.1- La primera petición adicional de los actores consiste en que la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título” (Subrayado de la Sala).

Como la petición de que la sentencia de esta Sala “valga como título” implica que este Alto Tribunal se sustituya en la Administración en tal obligación de hacer, al respecto proceden las consideraciones siguientes:

En estos casos cuando se pide que el órgano jurisdiccional se sustituya en la Administración, la Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

“(…) Nuestra Constitución establece en su artículo 49, cardinal 4, que ‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley’. (...)”

Siendo así, en el artículo 24 del Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 36.859, del

29 de diciembre de 1999, se estableció que la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, hasta tanto la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determina los procesos y tribunales disciplinarios.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 37014, del 15 de agosto de 2000, estableció que “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración (del Sistema Judicial), reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.

De las normas referidas se colige que el órgano predeterminado por la Ley para determinar la responsabilidad disciplinaria de los jueces, tanto provisorios como titulares, es la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (sin que ello desdiga de la potestad de dejar sin efecto los actos de nombramiento de los jueces provisorios que posee la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia), **y que a la Sala Político-Administrativa le compete en estos casos pronunciarse sobre la nulidad de tales decisiones, sin sustituirse en las competencias que la Ley le ha atribuido a dicha Comisión.** El haber actuado en un sentido contrario a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico al respecto, hizo que dicha Sala incumpliera la norma contenido en el artículo 49.4 de la Constitución (derecho al juez natural), y que desconociera el contenido de la garantía a que alude el encabezado de dicho artículo (el derecho al juez natural extensivo a la actuación de los órganos de administración, dentro de los que se encuentran los órganos de administración judicial). La Sala Político-Administrativa debió, a objeto de respetar tales preceptos, limitar su decisión a la declaratoria de nulidad del acto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, pues, conforme a la distribución de competencias señalada anteriormente, la determinación de los hechos a que se refieren las faltas objeto de sanción, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, son de la exclusiva competencia de dicho órgano. Así se establece. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 2995 de fecha 11 de octubre de 2005) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).

Aplicando este criterio al caso que se examina, no debe la Sala ordenar que se protocolice la sentencia que dicte en el caso concreto, cual si valiese como título de propiedad sobre las tierras cuya demarcación solicitaron los recurrentes.

Sin embargo, lo que sí puede hacer esta Sala es ordenar a la Procuraduría General de la República, como en efecto lo ha hecho, es que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem*. Así se establece.

9.2.- La segunda petición adicional de la representación judicial de los recurrentes consiste en que se investigue a los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional, quienes “*en forma impune arremeten, hostigan y maltratan a miembros de la población BARÍ, suprimiéndole sus garantías humanas de vivir en paz y dignidad en su territorio amparado y reservado por el ESTADO VENEZOLANO*” (sic).

Al respecto se observa que el artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. (...)

5. *Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones (...)*”.

Conforme a la norma transcrita corresponde al Ministerio Público ordenar y dirigir la investigación penal sobre la perpetración de hechos punibles e intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad (civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria) en que hubiesen incurrido los funcionarios públicos.

Vista la petición de los recurrentes y conforme al precitado artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala **ORDENA** se oficie al **MINISTERIO PÚBLICO** para que determine la procedencia de una averiguación penal con relación a la actuación de los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional Bolivariana que presuntamente han hostigado y maltratado a los miembros de la población Barí en el territorio que ocupan en el Estado Zulia. Así se establece.

TSJ-SPA (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

Es obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Conforme al Código de Ética del Juez, cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución de 1999, “*Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad*”.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 260 *eiusdem*, “*Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público.*”

La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

A la luz de esta Constitución, que califica a la República Bolivariana de Venezuela como Estado Social de Justicia y de Derecho, se han promulgado las siguientes leyes protectoras de los pueblos y comunidades indígenas.

1.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005).

“*Artículo 95.- El Estado garantizará el uso de los idiomas indígenas en: (...)*”

9.- *Todos los casos en los que se considere necesario*”.

“Artículo 137.- Los pueblos y comunidades indígenas, y cualquier persona que sea parte en procesos judiciales, tendrán derecho a conocer su contenido, efectos y recursos, contar con defensa profesional idónea, el uso de su propio idioma y el respeto de su cultura durante todas las fases del proceso.

El Estado establecerá los mecanismos que permitan superar las dificultades inherentes a las diferencias culturales y lingüísticas para facilitar a los indígenas la plena comprensión de estos procesos.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los indígenas que estén sometidos o participen en procedimientos administrativos o especiales en tanto sean aplicables.”

“Artículo 139.- El Estado garantiza a los indígenas el uso de sus idiomas originarios en todo proceso administrativo o judicial. Se requerirá del nombramiento de un intérprete, a los fines de prestar testimonios, declaraciones o cualquier otro acto del proceso. Los actos que hayan sido efectuados sin la presencia de intérprete serán nulos.” (Resaltado de la Sala).

2.- Ley de Idiomas Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.981 del 28 de julio de 2008)

“Artículo 7.- El Estado debe garantizar los medios y recursos necesarios para la revitalización y promoción de los idiomas indígenas como instrumento de comunicación, conocimiento, instrucción, creación social y cultural. El uso de los idiomas indígenas es obligatorio en los hábitat y tierras indígenas, y en las áreas habitadas por los pueblos indígenas, en el ámbito educativo, laboral, institucional, administrativo o judicial, y medios de comunicación que allí existan.

“Artículo 12.- Son competencias del Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, las siguientes: (...)

3.- Asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, en el uso, conocimiento, defensa, preservación y promoción de los idiomas y culturas de los pueblos indígenas. (...)

9.- Formar, capacitar y avalar a los y las intérpretes y a los traductores y las traductoras en idiomas indígenas (...).”

“Artículo 40.- El Instituto Nacional de Idiomas Indígenas designará a los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras indígenas, para facilitar la comunicación entre los pueblos y comunidades indígenas y el Estado. A tal fin, debe crear y mantener a la disposición pública, un banco de datos de los y las intérpretes y de los traductores calificados y las traductoras calificadas en los idiomas indígenas respectivos, para garantizar la comunicación en los actos oficiales y en los procesos administrativos, judiciales y demás actividades públicas o privadas en las cuales participen los indígenas.”

“Artículo 42.- En el Sistema Nacional de Salud y en el Sistema de Justicia los órganos y entes competentes deben designar, en coordinación con el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras necesarios para la atención de los pueblos y comunidades indígenas, quienes prestarán sus servicios de manera exclusiva, y deberán ser dotados de los medios y recursos idóneos para cumplir con eficiencia sus funciones.” (Resaltado de la Sala).

3.- El Código de Ética del Juez (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.493 de fecha 23 de agosto de 2010)

“Artículo 21.- El Juez o la jueza debe emplear el idioma oficial en forma clara, procurando que sus decisiones contengan expresiones precisas, inequívocas e inteligibles, redactadas de manera sencilla y comprensible para las personas, que garanticen una perfecta comprensión de las mismas. Cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces y juezas ordenarán lo conducente para la traduc-

ción, de forma oral o escrita de dichas sentencias en el idioma originario del pueblo indígena de pertenencia, de conformidad con lo establecido en las leyes que rigen la materia." (Resaltado de la Sala).

Las normas parcialmente transcritas contemplan la obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Asimismo establecen que el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas deberá asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal en el uso de los idiomas indígenas.

Dentro de esa normativa, el Código de Ética del Juez dispone que cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate, aun cuando entienda la Sala que la terminología jurídica es un lenguaje extraño para aquellos de cuyo derecho se trata, como afirma Hegel en su Filosofía del derecho: "(...) **el conocimiento del derecho, (...) además del procedimiento de las discusiones judiciales, y la posibilidad de proseguir el derecho, es propiedad de una clase, cuya exclusividad llega hasta el empleo de una terminología especial, lenguaje extraño para aquéllos de cuyo derecho se trata. Los miembros de la Sociedad Civil (...) son considerados como extraños y puestos bajo tutela (...) frente a la clase mencionada, no solamente con respecto a lo más propio y personal, sino también con relación al derecho (...). Si realmente esos miembros tienen el derecho de estar presentes en juicio, personalmente con sus propios pies (in iudicio stare) [estar en juicio], esto es poco, si no pueden estar presentes espiritualmente, con su propio saber; y el derecho, que obtienen, resulta para ellos una vicisitud exterior.**" (HEGEL, Jorge Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, presentada por Carlos Marx. Editorial Claridad. Cuarta Edición, Buenos Aires 1955, p. 195) (Resaltado de la Sala).

En el lenguaje filosófico jurídico de Hegel, "**los miembros de la Sociedad Civil**", que en este caso es la comunidad indígena Barí, no sólo tienen el derecho de accionar en juicio, como en efecto han cumplido mediante el presente recurso, y de participar en todas las etapas de este procedimiento, sino que además deben tener acceso a comprender "**en su propio saber**", es decir, en su propia lengua, "**el derecho que obtienen**", de modo que no "**resulte para ellos una vicisitud exterior**". Pues, es deber de la Sala, al proveer la justicia social en el caso concreto, que tal justicia declarada sea lo más accesible a los justiciables, aun con las evidentes dificultades para traducir el lenguaje jurídico de la cultura no indígena al lenguaje (y a la lengua) de la cultura Barí que ha propuesto este recurso, al cual da satisfacción procesal esta sentencia.

La Sala aprecia que en estricto derecho natural -sagrado derecho humano según Kant-, los indígenas son los dueños originarios de sus tierras, desde que surgió la vida humana primigenia, milenios antes de que el hombre no aborígen inventase el derecho de propiedad. Tal derecho lo han ejercido los indígenas siempre en forma colectiva, en el sistema que Marx llamó "*comunismo primitivo*". Este mismo autor, filósofo y abogado, al estudiar la cuestión aborígen, se expresó como sigue respecto de la conquista de América:

"el descubrimiento de las comarcas auríferas y argentíferas en América, el exterminio, esclavización y soterramiento en las minas de la población aborígen, la incipiente conquista y saqueo de las Indias Orientales, la transformación de África en un coto reservado para la caza comercial de pieles negras, caracterizan los albores de la era de producción capitalista" (Gustavo Pereira, *Historias del Paraíso*, Volumen 1, Fondo Editorial del Estado Nueva Esparta, Margarita, 1998, p. 27, autor que tomó esta cita del libro *Materiales para la Historia de América Latina. Compilación y traducción de Pedro Scaron*, Buenos Aires, Ediciones Pasado y Presente, 1974), (Subrayado de la Sala).

Para defenderse del imperio, los aborígenes, “*pusieron en armas*”, tal como explica Fray Bartolomé de las Casas, conocido como el “*defensor de los indios*”, quien también era abogado y obispo de la Iglesia Católica, en su *Brevísima relación de la destrucción* [destrucción] de Las Indias, libelo dirigido al rey Felipe en 1645 (Edit. Programas Educativos C.A. (PROGREUCA), Colección La Política, Caracas, 2009).

En ese mismo texto, el citado autor opina ante su rey que “...*la verdad es que muchísimos de aquellos hombres [los indios] pueden gobernarnos ya en la vida monástica, ya en la económica y ya también en la política, pudieran también enseñarnos y reducirnos a las buenas costumbres; y más todavía, pueden dominarnos con la razón natural*” (Obra citada).

Con esta sentencia la Sala quiere dejar constancia del gran bagaje de sabiduría aborígen, en el marco de su tiempo histórico, respecto de la necesidad de demarcar sus tierras, demarcación que no tendrían que solicitar si no hubiesen sido despojados de sus territorios ancestrales.

Con basamento en las precedentes consideraciones, este Tribunal **acuerda** oficiar al **Instituto Nacional de Idiomas Indígenas**, para que proceda a realizar la traducción de esta sentencia a la lengua Barí, y la remita traducida a esta Sala dentro de los treinta (30) días de despacho siguientes a su notificación, con la identificación del traductor o traductores, firmada y sellada. Así se determina.

Se advierte que la falta o demora en la versión de esta decisión a la lengua Barí no impedirá su ejecutoriedad ni su ejecución. Así se decide.

En conclusión, la Sala declara parcialmente con lugar el recurso por abstención, estableciendo: 1.- **PROCEDENTE** la petición de demarcación de las tierras de la etnia Barí. 2.- **IMPROCEDENTE** el pedimento de los recurrentes referido a que se les ratifique el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras indicadas en la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio del Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 del 05 de abril de 1961). Así se determina.

Finalmente, la Sala ordena publicar la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con el título “*Sentencia que declara parcialmente con lugar el recurso por abstención o carencia incoado por la Comunidad Indígena Barí y la asociación civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA), en la cual se ordena al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente proceder a la demarcación de sus territorios, previo cumplimiento del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*”.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *Competencias del Poder Nacional*

TSJ-SC (1025)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira.

La Sala Constitucional suspende a través de una medida cautelar la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira 99, que establece como materias de competencia de dicho Estado “3. Su política y actuación internacional, dentro de los principios que rigen la política y actuación internacional de la República” y “5. La promoción de la inversión privada nacional o extranjera generadora de riqueza y empleo en el territorio (...)”.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar interpuesta conforme a los artículos 19 y 21 (aparte 21) de la entonces aplicable Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como fundamento para el proveimiento de la protección cautelar.

En tal sentido, el artículo 130 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 130. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (Vid. Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei (1984. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires), en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público. Asimismo, también debe hacerse consideración a lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (*G.O. Ext. núm. 5892 del 31 de julio de 2008*) que señala:

“Artículo 92. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Conforme a las amplias potestades de esta Sala Constitucional y considerando la disposición del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala observa que se han invocado disposiciones de orden público constitucional relacionadas con el régimen constitucional atinente a la actuación internacional de la República y con los contratos de interés nacional o estatal, lo que determina la presunción de un buen derecho o *fumus boni iuris* en los términos invocados por la representación de la República. Asimismo, al entreverse un riesgo a la división del sistema de competencias que rigen la división horizontal de los Poderes Público en el marco su división territorial, esta Sala, ante la necesidad de no comprometer la seguridad de la República en su esfera internacional y la regulación del régimen de inversiones extranjeras; así como a los fines de evitar que durante la tramitación de la presente causa se suscriban instrumentos en ejecución de los actos cuestionados que dejen ilusoria la ejecución del fallo de fondo, determinándose un verdadero *periculum in mora*; **acuerda la medida cautelar solicitada mientras dure el presente juicio, razón por la cual, SUSPENDE la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira; así como el acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009. Por tanto: 1) se SUSPENDE los efectos de cualquier convenio, contrato, instrumento o acto que haya sido suscrito o dictado con base en los mismos; y 2) se ORDENA al Ejecutivo Estatal abstenerse de celebrar y suscribir cualquier instrumento a nivel internacional con cualquier entidad extranjera, así como de ejecutar posibles planes en aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira y/o del acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la presente causa. Así se declara.**

B. *El Poder Legislativo Nacional: Inmunidad Parlamentaria*

TSJ-SP (58)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Biagio Pilieri Gianinnoto

El artículo 200 de la Constitución contempla la inmunidad parlamentaria “en el ejercicio de sus funciones” (condición o requisito ausente en la Carta de 1961) de los diputados a la Asamblea Nacional “desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo”. La inmunidad es una prerrogativa que sólo se otorga (como excepción al principio de la igualdad) para garantizar la autonomía e integridad del Poder Legislativo, la misma sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado.

En el caso *sub examine*, se observa que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy declinó en esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la causa penal iniciada en contra del ciudadano **BIAGIO PILIERI GIANNINNOTO**, *supra* identificado, por la presunta comisión de los delitos de peculado doloso propio, malversación agravada de fondos públicos y concertación ilegal con contratista, tipificados en los artículos 52, 57 y 60, respectivamente, de la Ley contra la Corrupción. Como fundamento de tal decisión, arguyó la predicha Corte que, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de que el procesado de autos resultó electo diputado por el Estado Yaracuy en los recientes comicios parlamentarios celebrados el 26 de septiembre de 2010, correspondía a este Alto Tribunal, en Sala Plena, proseguir el enjuiciamiento del mismo.

Con miras a efectuar un pronunciamiento a este respecto, se estima impretermitible analizar, preliminarmente, el régimen de protección a la función parlamentaria estatuido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, conviene referir lo preceptuado en los artículos 199 y 200 del texto fundamental, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 199. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con esta Constitución y con los Reglamentos.

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley”. (Subrayados de este fallo).

Las normas recién transcritas vienen a formar parte del denominado *estatuto parlamentario*, entendido como el sistema normativo que dispone los deberes, derechos, prerrogativas e incompatibilidades que invisten a los miembros del Poder Legislativo. Específicamente, las anotadas disposiciones constitucionales consagran el régimen de inmunidad (*lato sensu*) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional: (i) la inviolabilidad o irresponsabilidad y (ii) la inmunidad (*stricto sensu*), como garantías fundamentales de protección de las funciones legislativas y de control político y fiscal que acometen sus miembros. La primera de tales prerrogativas, la *inviolabilidad o irresponsabilidad*, impide que los diputados sean perseguidos —en cualquier tiempo— por la manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. La segunda de ellas, la *inmunidad en sentido estricto*, consagra la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del Parlamento con ocasión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie la autorización de la Cámara de la cual forman parte (allanamiento) y el antejuicio de mérito, a menos que hayan sido aprehendidos en flagrancia (sobre este último supuesto, véase stc. N° 16 del 22 de abril de 2010, caso: *Wilmer Azuaje*).

Ya esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en torno a la señalada inmunidad, mediante fallo del 26 de julio de 2000 (caso: *Miguel Díaz Sánchez*), estableciendo lo siguiente:

“La inmunidad parlamentaria y el régimen adjetivo del Antejuiicio de mérito se encuentran consagrados dentro del ordenamiento constitucional de 1999, con ciertas diferencias respecto de la regulación de la Constitución de la República de Venezuela de 1961.

Así, en la recientemente publicada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional, ha sido regulada dentro de la Sección Tercera (de los Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional), del Capítulo I (Del Poder Legislativo Nacional), del Título V (De la Organización del Poder Público Nacional), en el artículo 200 que consagra expresamente, lo siguiente:

[omissis]

En efecto, la Constitución vigente modifica e innova en algunos aspectos la regulación constitucional establecida por el Constituyente de 1961. Uno de los aspectos que cambió con la nueva regulación constitucional, está referido a la vigencia temporal de la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de igualdad frente a la ley. Así, tal como se desprende del artículo 143 y 147 de la Constitución de 1961, el referido privilegio surtía efectos desde el momento de la proclamación del parlamentario en su cargo, prolongándose durante los veinte días siguientes a la conclusión del mandato o la renuncia del parlamentario. Sin embargo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicho privilegio se circunscribe temporalmente desde el momento de la proclamación hasta la culminación del mandato, bien sea por renuncia o debido a la terminación del período, esto es, que ha sido suprimida la extensión del privilegio durante los veinte días siguientes a la cesación en el cargo.

Resulta claro que la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, se justifica sólo, y nada más por eso, en la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que las personas en el ejercicio de la actividad parlamentaria, no se vean distraídas en sus misiones por ataques infundados, a los cuales, justamente por ser figuras públicas, se encuentran permanentemente expuestos”.

A mayor abundamiento, conviene recordar que la Constitución de 1961 reconocía la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad a la persona del congresista, pero en su vertiente eminentemente adjetiva o procesal. Con ello se quiere significar que el delito podía haber sido cometido en el ejercicio de sus funciones o antes; lo importante era verificar que con motivo de un juicio penal el diputado electo estuviera procesado por una conducta delictiva y se encontrase a la fecha de su proclamación (o con posterioridad a ella) arrestado, detenido, confinado o sometido a juicio penal.

Pero la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*”, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación.

Recuérdese que, tratándose de una prerrogativa que –aun autorizada por la propia Carta Fundamental– constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de esos delitos, en tanto sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros de parlamento y, en esa medida, para que no se convierta en un chocante privilegio que aliente la impunidad del infractor, debe ser interpretada de manera restrictiva. Bajo estas premisas, resultaría aplicable sólo cuando obedezca al imperativo constitucio-

nal que le da asidero: la protección de las delicadas funciones de legislación, fiscalización y control político que desarrollan los integrantes del Poder Legislativo frente a indebidas persecuciones propiciadas por los más diversos agentes.

Desde la óptica anotada, debe insistirse, la inmunidad parlamentaria, antes que prerrogativa personal de los integrantes del Parlamento, se constituye en una garantía institucional que protege la incolumidad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

En este sentido, es preciso reiterar que el artículo 200 de la Constitución contempla la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*” (condición o requisito ausente en la Carta de 1961) de los diputados a la Asamblea Nacional “*desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo*”. Si, como antes se indicó, la inmunidad es una prerrogativa que sólo se otorga (como excepción al principio de la igualdad) para garantizar la autonomía e integridad del Poder Legislativo, la misma sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado.

Así las cosas, mal puede amparar la inmunidad al parlamentario por la comisión de delitos cuya persecución se haya iniciado con anterioridad a su proclamación, en el entendido de que tal momento tiene lugar una vez que hayan sido satisfechos los extremos previstos en los artículos 153 al 155, ambos inclusive de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Por otra parte, lógico es deducir que para que el diputado electo pueda gozar de tal prerrogativa, que como tal es de naturaleza restrictiva por violentar el principio de igualdad, el cuerpo al cual pertenezca debe existir o estar en funcionamiento. Ello, por cuanto resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva.

Es imprescindible insistir, como refiere el catedrático español Ramón Soriano, que la inmunidad parlamentaria no puede convertirse en “*refugio de quienes temen el control de Poder Judicial*”. En dicho sentido, el iuspublicista concluye que “*la inmunidad-refugio es el talón de Aquiles de la institución, porque fomenta su descrédito ante los ciudadanos: descrédito que crece con la actitud proteccionista del partido respecto del parlamentario que tenga problemas con la justicia. La inmunidad-refugio es un privilegio no sólo contrario al principio de igualdad, sino a una justicia igual para todos (que es uno de los máximos vicios concebibles en la vulneración de dicho principio de igualdad). Que un político no cargue con sus responsabilidades políticas al ser imputado y procesado, y además pretenda permanecer inmune en las filas del Parlamento, con la protección de su partido, es un plato demasiado fuerte para ser digerido por el simple ciudadano [...] ¿Qué puede pensar el simple ciudadano cuando ve que se utilizan los honorables escaños de la representación del pueblo como trinchera y escudo contra la justicia?*” (SORIANO, Ramón. *Revista Jueces para la Democracia*, N° 43, marzo 2002, “*La Inmunidad de los Parlamentarios: más privilegio que garantía*”, p.30) [subrayado de este fallo].

Con base en estos razonamientos, y al amparo de nuestro ordenamiento constitucional, debe negarse la existencia de tal protección especial a favor del ciudadano **BIAGIO PILIERI GIANINNOTO**, quien no contaba con la investidura de diputado para el momento en el que presuntamente cometió los hechos criminales que se le imputan y cuya persecución penal se inició con antelación al proceso comicial que le otorgó un escaño en la Asamblea Nacional que habrá de instalarse el próximo 5 de enero. De esta forma, no encontrándose investido de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria por los delitos cuya comisión se investiga en los

presentes autos, debe esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia rehusar la competencia que le fuera declinada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, pues ella corresponde a la justicia penal ordinaria. Por tal motivo, se ordena a la predicha Corte continuar la tramitación de la presente causa en la fase de conocimiento de segunda instancia. Asimismo, dicha Corte deberá examinar la pertinencia de la medida cautelar sustitutiva acordada, contenida en el fallo declinatorio del 28 de septiembre de 2010, a la luz de las consideraciones expuestas en este fallo. Así, finalmente, se decide.

Voto Salvado del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez se permite manifestar su disenso del fallo que antecede, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

La doctrina jurisprudencial pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido la de que a ella corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima de la Constitución, de conformidad con el artículo 335 de la misma. En fallo N° 1077 de fecha 22/09/2000, Expediente 1289; dicha Sala expresamente señaló: “*A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución...*”. Y agregó: “*En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución.*”

El anterior criterio ha sido reiterado y conteste, conforme a lo cual deben señalarse, entre otras, las decisiones siguientes: N° 1415 de fecha 22/11/2000, Expediente N° 001725; N° 601 de fecha 09/04/2007, Expediente N° 07-0172; N° 637 de fecha 22/06/2010, Expediente N° 10-0301. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida. En el presente caso, del ciudadano Biaggio Pilieri Gianinnoto, electo diputado a la Asamblea Nacional en comicios celebrados el pasado 26 de septiembre del presente año, el aspecto central de la decisión dictada por la mayoría sentenciadora, lo constituye la interpretación y análisis del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicho artículo es del tenor siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La norma constitucional anteriormente transcrita, dispone, por una parte, lo referente a los presuntos delitos cometidos por los o las integrantes de la Asamblea, (por la vía del antejuzicio de mérito, según lo pautado en el artículo 266 *eiusdem*), para lo cual, la Sala Plena tiene expresamente atribuida la competencia, y, además, instituye los elementos para la inmunidad de los parlamentarios y parlamentarias de la Asamblea Nacional, y sobre esto se pronuncia la mayoría que decide, para determinar el concepto de inmunidad y el cumplimiento de los requisitos previstos para el goce de la misma, según la expresión textual de dicha norma: “*en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo.*” Por esta consideración, respetando en todo caso el criterio de la mayoría sentenciadora, y sin que el presente voto salvado incida sobre el fondo

del asunto, el suscrito se permite expresar que la competencia para la debida interpretación y análisis del artículo 200 citado, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual debió la Sala Plena de este Alto Tribunal declinar su competencia.

Queda así expuesto el presente voto salvado.

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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Punto previo. El Magistrado que concurre deja constancia de su rechazo a la forma como se vio conminado al estudio y votación de la ponencia que, después de su aprobación, se convirtió en la sentencia de autos, la cual recibieron los miembros de esta Sala Plena, junto con otras tres, el mismo día de la sesión que se fijó para su discusión, en forma violatoria al Reglamento Interno de este Alto Tribunal que, al respecto, dispone:

Obligación del Ponente de informar

Artículo 55. El Ponente debe informar en su proyecto a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena acerca de los aspectos fácticos y jurídicos que suscitan el estudio del asunto, proponer soluciones a los mismos y someter oportunamente a la consideración de aquellos un proyecto de decisión.

Carácter definitivo del proyecto de decisión

Artículo 56. Una vez que se haya distribuido el correspondiente proyecto de decisión entre los Magistrados y Magistradas, no serán considerados por el Ponente nuevos escritos relacionados con el caso, objeto de la ponencia, que fueren presentados por las partes, salvo que el ponente lo estime imprescindible para una necesaria reforma del proyecto.

En tal caso, deberá comunicar a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena sobre la necesidad de modificar el proyecto de decisión, solicitar la devolución del mismo para realizar las modificaciones que considere convenientes y proceder a distribuirlo nuevamente en forma definitiva en un plazo breve.

Observaciones a los proyectos

Artículo 57. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena deberán formular las observaciones al proyecto de decisión, debidamente fundadas, o manifestar su conformidad con el contenido de la misma dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En caso de que se formule alguna observación, el Ponente deberá realizar los cambios que considere pertinentes o, en todo caso, argumentar su desacuerdo dentro de los tres días hábiles siguientes.

Confidencialidad de los proyectos

Artículo 58. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena procurarán que sus proyectos tengan carácter confidencial. A tal efecto deberán entregarlos personalmente al Secretario o Secretaria de la Sala Plena quien ordenará su distribución.

Entrega de los proyectos

Artículo 59. El Presidente o Presidenta de la Sala Plena entregará, en cada sesión ordinaria, a los Magistrados y Magistradas de la misma, las ponencias que serán discutidas y votadas en la sesión ordinaria siguiente (Subrayado y destacado añadidos).

1. Quien suscribe estima que la Sala Plena actuó conforme a derecho cuando no aceptó la competencia material que, en ella, declinó la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, respecto a la causa penal que se le sigue al ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto.

2. Ahora bien, se advierte que la Sala concluyó que la inmunidad parlamentaria que preceptúa el artículo 200 de la Constitución no es de aplicación retroactiva, esto es, a cualesquiera de los procesos penales a los cuales debiera ser sometido un Diputado a la Asamblea Nacional, por razón de delitos que hubieran sido cometidos por éste previamente a su elección como tal. Tan elemental conclusión está referida a un particular sobre el cual no hay mayor contención; vale decir, la inmunidad parlamentaria no es extensible respecto al juzgamiento por los delitos que hubieran sido cometidos por el Diputado antes de que sea investido como tal; eso sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* respecto al proceso por los delitos que hayan sido cometidos en tiempo anterior a la elección del diputado.

En cambio, el aspecto crucial de la pretensión estuvo precisado en los siguientes términos de los defensores del procesado hoy Diputado electo, según la relación de la misma que contiene el acto de juzgamiento respecto al cual se expide el presente voto:

El 28 de septiembre de 2010, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy declinó en esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la causa iniciada en contra del ciudadano BIAGIO PILIERI GIANINNOTO, identificado *supra*, con fundamento en las consideraciones que siguen:

“Cursa al folio trescientos setenta (370) del presente asunto, escrito suscrito por los abogados de confianza del ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, identificado en las actas, en el que señalan textualmente entre otras cosas que, su representado, sobre quien no pesa ninguna condena, el 26 de septiembre de 2010, electo(sic) Diputado a la Asamblea Nacional de la República, tal como se puede evidenciar de credencial expedida por la Junta Regional Electoral del Estado Yaracuy, adscrita al poder electoral.

(...)

En este contexto, los abogados de confianza citan el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para arribar a su conclusión [de] que su defendido, desde el momento de su proclamación, la cual se produjo según lo plasman en el escrito el día 27 de Septiembre de 2010, refiriendo, que se desprende de credencial que en original anexan, por lo que solicitan su libertad inmediata, indicando ‘so pena de incurrir en violación de la inmunidad, lo que acarrearía por mandato constitucional, responsabilidad Penal’”.

Como, sin mayor dificultad, puede extraerse de la reproducción textual que antecede, no hubo cuestionamiento expreso alguno, por parte del precitado ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, contra la continuación en la tramitación del proceso penal al cual se encontraba sometido cuando fue electo y subsiguientemente proclamado como Diputado a la Asamblea Nacional. Lo que aparece documentado en autos es que la pretensión del precitado parlamentario nacional se concretó en la solicitud de “*suspensión de los efectos de las medidas cautelares*” decretadas en la causa penal que se le sigue. Como consecuencia de ello, la respuesta pertinente y adecuada que el Tribunal competente –que no lo es esta Sala, según su propia conclusión- debió proveer tenía que ser su pronunciamiento sobre la conformidad jurídica de la vigencia actual de las predichas cautelares; no sobre la continuidad o no del proceso penal que ya se encontraba en curso al tiempo de la elección y proclamación del precitado diputado, porque no fue ése el planteamiento de dicha parte, según acaba de ser explicado. Así las cosas, la Sala Plena, una vez que declaró que no tenía competencia material para su decisión sobre la pretensión que claramente fue expresada por la parte interesada, ha debido limitarse

a la remisión del expediente al tribunal de la justicia penal ordinaria competente *sin ordenarle que examine la pertinencia de la medida cautelar sustitutiva que acordó en la oportunidad de la declinatoria*, porque carece de competencia para ello y, además, viola la autonomía del juez y el derecho constitucional del justiciable al juez natural.

3. En todo caso, como quiera que la Sala, no obstante que sentenció su incompetencia material para su asunción del conocimiento de la causa penal que se le sigue al antes citado Diputado –razón por la cual acertadamente rechazó la antes explicada declinación–, se inmiscuyó en la labor del juez cuya competencia reconoció, quien suscribe estima que es su deber la expresión de las siguientes valoraciones respecto de tales cuestiones sustanciales.

3.1 En tal orden de ideas, debe recordarse que el proceso penal debe ser tramitado, como regla general, en situación de libertad personal plena del procesado, y sólo como excepción, en condición de restricción a dicho derecho fundamental y, en el caso más extremo, en la de privación del mismo, cuando dicha restricción o privación sean esenciales para el aseguramiento de las finalidades del proceso.

Se concluye, entonces, que ni la restricción ni la privación de la libertad personal son consecuencias necesarias del procesamiento penal, razón por la cual nada obsta, constitucional y legalmente hablando, para que el enjuiciamiento penal en cuestión continúe su tramitación con el procesado en libertad plena –tal como pidió el antes citado Diputado electo–, sin perjuicio de que se emita sentencia firme y de que, en caso de que ésta sea condenatoria, la ejecución de la misma quede diferida hasta el cese del ejercicio de la representación popular y de la respectiva entidad federal. A buen seguro, ello constituye un contundente antídoto contra el riesgo de impunidad que, según parece, temió la mayoría de la Sala.

Como es de general conocimiento, el *sub iudice* penal no se encuentra inhabilitado para el ejercicio activo y pasivo del sufragio, esto es, para elegir y para ser elegido. Por consiguiente, en el caso de que resulte electo Diputado a la Asamblea Nacional, tal resultado no es impugnabile por el mero hecho de la situación procesal del elegido, a quien, por consecuencia, han de serle garantizadas, en las mismas condiciones de plenitud que al resto de sus colegas de cámara, todas las libertades inherentes al ejercicio de su función parlamentaria. En otros términos, el acatamiento al resultado de la elección, como Diputado a la Asamblea Nacional del *sub iudice* penal y el reconocimiento, en su favor, de la inmunidad desde la fecha de su proclamación, según preceptúa el artículo 200 de la Constitución, es imperativo que deriva del deber de escrupuloso respeto a la voluntad del pueblo que, en legítimo ejercicio de su soberanía, eligió como diputado a una persona respecto de la cual debe presumirse irrefutablemente que, al momento de la manifestación de voluntad electoral, el elector se encontraba en conocimiento de la situación procesal penal de dicho candidato a la representación popular; particularmente, en el caso que se examina, en el cual dicha persona había sido, incluso, sometida a medidas cautelares de privación o restricción a su libertad personal.

La convicción de que al Diputado a la Asamblea Nacional que, al tiempo de su elección a dicho cargo, se encontraba sometido a proceso penal e, incluso, a medidas cautelares de coerción personal, deba serle reconocida la legitimidad de tal expresión de la soberanía popular y, por consiguiente, la garantía de efectiva y eficaz vigencia de todas las libertades inherentes al ejercicio de dicha función, dimana, a falta de disposición expresa, del mismo derecho fundamental a la igualdad que proclama el artículo 21 de la Constitución, de acuerdo con el cual, entonces, el ejercicio de la representación popular tiene que ser en condiciones de libertades plenas comunes a todos los representantes, con inclusión de aquéllos cuya libertad personal se encontraba sometida a medidas cautelares de coerción individual.

De allí que fuera conforme a derecho la pretensión de los defensores del predicho procesado que devino Diputado, de que fueran revocadas las medidas cautelares judiciales de privación o restricción al pleno ejercicio de dicho derecho fundamental.

En este sentido, es pertinente la cita de la sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia N° 2444 de 20-10-04, aplicable, *mutatis mutandi*, al impedimento que, para el cabal ejercicio de su función pública, podrían suponer determinadas medidas cautelares en circunstancias como la del Diputado solicitante de autos:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancia, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

4. Más allá del caso concreto, preocupa, a quien se aparta de la mayoría, la contradicción que se aprecia entre el veredicto que antecede y el acto jurisdiccional que este cuerpo colegiado aprobó, en la misma fecha, para la decisión de la declinatoria a la que se contrae el expediente N° 2010-000210; contradicción que impide comprender cómo entiende la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la inmunidad parlamentaria y, por vía de consecuencia, cuáles son los principios que deben orientar su interpretación. Obsérvese que, en la sentencia que antecede, la mayoría expresó que (p. 10):

... la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa [la inmunidad parlamentaria]. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*”, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación (Subrayado y destacado añadidos).

En cambio, el mismo día, el mismo cuerpo, con idéntica mayoría, y en el análisis de la misma disposición constitucional dejó sentado lo siguiente (pp. 16 y 23):

..., en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden marcadamente procesal. Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando “inmunidad contra el arresto”, ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la “*única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención*” /(...)

Cuando se critica posturas como la asumida por el constituyente colombiano, se olvida que el rasgo fundamental de la inmunidad parlamentaria consiste en ser un instrumento procesal para evitar que un acto premeditado, con una clara intención política, obstaculice al Parlamento en la emisión de los actos y en la discusión que debe precederles (Subrayado y destacado añadidos).

En opinión de la mayoría sentenciadora, ¿es la inmunidad parlamentaria una institución sustantiva o un instrumento procesal? Que se produzca tal incertidumbre desde la cúspide del Poder Judicial no puede compartirse.

5. De vuelta al asunto de autos, se concluye que, en efecto, el proceso penal al cual se encuentra sometido el ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto debe continuarse en sede de los tribunales penales ordinarios, razón por la cual el salvante estima, con base en las precedentes valoraciones, que fue conforme a derecho la decisión de la Sala Plena de no aceptación de la competencia material que, en ella, declinó la Corte de Apelaciones que conocía dicha causa, si bien se discrepa del pronunciamiento que se rechazó *supra* (orden de examen de la pertinencia de la medida cautelar que se acordó en la oportunidad de la declinatoria), violatorio de la autonomía del juez y del derecho fundamental al juez natural y potencialmente conducente a un menoscabo ilegítimo de los derechos fundamentales que la Constitución preceptúa como garantía de ejercicio pleno de la función parlamentaria, con afectación, no sólo de la esfera jurídica de la persona antes señalada, sino igualmente de la función pública que éste deberá ejercer, por mandato del pueblo soberano, al cual, por consiguiente, también podría afectar ilegítimamente la orden de la Sala si su destinatario no la interpreta dentro del marco constitucional y legal que se ha expuesto en este voto salvado.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Voto Salvado del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero

El Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, disiente de sus colegas con relación a la opinión sostenida por ellos en la sentencia que precede, opinión mayoritaria que el Magistrado disidente respeta pero no comparte, por lo cual se permite salvar su voto basándose en las razones siguientes:

-I-

DE LA COMPETENCIA DE ESTA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena en sesión extraordinaria con Ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, se pronunció sobre el caso del diputado electo a la Asamblea Nacional en los comicios efectuados el pasado 26 de septiembre del presente año, ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto. Al respecto, dicho fallo para resolver la declinatoria de competencia efectuada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy y en consecuencia rehusar la competencia declinada, procedió a interpretar las normas constitucionales que refieren a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. En efecto, estableció que el artículo 199 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el régimen de inmunidad (*latu sensu*) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional (inviolabilidad o irresponsabilidad) que impide que los diputados sean perseguidos -en cualquier tiempo- por manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. Por su parte, con respecto al artículo 200 *eiusdem* señaló que dicha disposición consagra la inmunidad (*stricto sensu*) que consiste en la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del parlamento “con ocasión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”. Sobre esto último, indicó la Sala, que la Constitución de 1961 reconocía el privilegio parlamentario de la inmunidad de la persona del congresista pero en su vertiente adjetiva o procesal, queriendo significar con ello que el delito podía haber sido cometido en el ejercicio de sus funciones o antes. En cambio, la vigente Carta Magna introdujo en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de este privilegio cuando alude al goce de la inmunidad parlamentaria en el ejercicio de sus funciones, utilizando el constituyente como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es

decir, dicha inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección, por lo que no existe alusión alguna en dicha norma constitucional sobre la eventual circunstancia de arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación. En consecuencia, se dejó sentado en dicha sentencia que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario y en consecuencia se ordenó a la Corte de Apelaciones antes referida continuar, como órgano jurisdiccional de segunda instancia en lo penal, la tramitación de la causa iniciada contra el ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto por la presunta comisión de los delitos allí indicados.

Ahora bien, en primer lugar disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, el artículo 24, ordinal 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5991, de fecha 29 de julio del año 2010), le atribuye la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento del Presidente de la República, o quien haga sus veces, del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros del Poder Popular, el Procurador, Fiscal, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Defensor Público General, los Rectores del Consejo Nacional Electoral, Gobernadores, Oficiales Generales, Almirantes efectivos y en funciones de Comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes de misiones diplomáticas de la República. Asimismo señala que es competente para dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre Tribunales de Instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos. Por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 266 las atribuciones del máximo Tribunal y especifica en su parte final que la competencia de la Sala Plena son las señaladas en los numerales 2 y 3, referidas éstas a las que consagra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mencionadas supra.

En el caso sometido a revisión, la Sala Plena, para rehusar la competencia que le fuera declinada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, tuvo que interpretar el artículo 200 de la Constitución, para luego de determinar -con base en tal interpretación- sobre la inexistencia de la protección especial de la inmunidad parlamentaria a favor del ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, ordenar a dicha Corte continuar la tramitación de la causa iniciada en contra del referido ciudadano.

Con relación a la competencia para ser ejercida por la Sala Constitucional, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala en su ordinal 23 “Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes”. Por su parte, el artículo 266 de la Carta Magna remite a lo consagrado en el título VIII. En efecto, dispone dicho título en su artículo 335 que el alto Tribunal sea el máximo y último intérprete de la Constitución. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República.

Esta norma claramente le atribuye la competencia solamente a la Sala Constitucional para la interpretación de normas de rango Constitucional y así lo ha determinado dicha Sala en infinidad de decisiones, entre las que destaco, N° 1402 del 03-11-09 y la 1527 del 09-11-09.

Por tanto, resulta -sin lugar a dudas- que la competencia de las normas de rango constitucional, está atribuida única y exclusivamente a la Sala Constitucional y no a la Sala Plena de este máximo Tribunal, motivo por el cual debió esta última declinar su competencia en la Sala Constitucional.

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado electo para la Asamblea Nacional, no se trata de la atribución expresa contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es la declaratoria acerca de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento de algún integrante de la Asamblea Nacional.

Como se observa de la decisión que precede, la causa fue remitida a dicha Sala por la declinatoria de competencia efectuada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, ante la solicitud incoada por los representantes judiciales del diputado electo, referida a que su defendido desde el momento de su proclamación goza de la inmunidad parlamentaria consagrada en el artículo 200 Constitucional y por tanto pidieron así fuese decretado. La Corte, ante tal circunstancia de alegación, decidió que el competente para conocer del caso concreto era la Sala Plena de este máximo Tribunal, todo ello después de acordar el cambio de sitio de reclusión para el ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto desde la Comandancia de la Policía del estado Yaracuy para su domicilio, a los fines de evitar vulneración de derechos.

Por tanto, considero que en el presente asunto la declinatoria de competencia no fue a raíz de una solicitud de declaratoria de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento del ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto, sobre lo cual, la Sala Plena sí tiene expresamente atribuida la competencia para su resolución, sino estuvo dirigida a la interpretación literal del artículo 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de inmunidad parlamentaria, lo cual fue resuelto en el fallo que antecede; se interpretó una norma constitucional, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

La exposición de motivos de la Constitución atribuye la competencia al Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa -entiéndase en su Sala Plena- el conocimiento de los presuntos delitos cometidos por los diputados, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento según sea el caso. Resulta claro que se refiere a los diputados en el ejercicio de sus funciones. Asimismo consagra que en el caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al alto Tribunal.

Por tanto, si el fallo en cuestión estableció que el ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto no tiene inmunidad por no haber entrado en función, es decir, no es un diputado en el ejercicio de sus funciones, no se trata de un antejuicio de mérito, razón por la que no tenía competencia la Sala Plena para conocer del caso. Siendo así, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación del artículo 200 Constitucional y así debió resolverlo la Sala Plena.

II

DE LA INMUNIDAD ANTICIPADA

No obstante lo señalado supra, en el supuesto de que esta Sala Plena sí tuviera competencia para interpretar normas constitucionales, quien aquí disiente quiere referirse propiamente al acto de proclamación que señala dicha norma constitucional. En efecto, el título III

del Reglamento N° 7 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales en materia de Totalización, Adjudicación y Proclamación que rigió para las elecciones de diputados y diputadas para la Asamblea Nacional el pasado mes de septiembre refiere todo lo concerniente sobre el acto de proclamación (artículos 46 al 50 inclusive). Así, en líneas generales dichas normas estipulan que el Consejo Nacional Electoral o la Junta Electoral respectiva proclamarán a los candidatos o candidatas ganadores de la elección y les extenderán credenciales. Las Juntas Electorales remitirán a la Junta Nacional Electoral, entre otros, dicha proclamación, a los efectos de su publicación en Gaceta Electoral. Posteriormente, finalizado el proceso, las Juntas Electorales archivarán dichas actas tanto de Totalización, como de Adjudicación y Proclamación.

Ahora bien, la proclamación, (en este caso en específico, de un diputado que haya sido electo para la Asamblea Nacional), es un acto jurídico que emana de un órgano público, a través de la Junta Regional Electoral del estado donde resultó electo. El mismo se realiza, como protección anticipada al órgano, a los efectos de tener certeza de cuál es el candidato o candidata electo. Tal acto es impugnabile, por lo que considero que de ahí la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria establecida por la Carta Magna desde su proclamación.

Es decir, cuando el artículo 200 de la Constitución expresamente señala que los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación, ello no obsta para que dicha proclamación pueda ser impugnada.

La inmunidad parlamentaria se trata de una prerrogativa autorizada por la Carta Fundamental, y como tal constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de estos delitos. Sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros del parlamento. Protege la seguridad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

Esa fue la intención del constituyente cuando en la exposición de motivos de la Carta Fundamental expresa que la inmunidad parlamentaria se consagró como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Indica claramente que la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias "*desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato*"; y por último señala que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En todo caso si el constituyente hubiese querido que los diputados tuvieran inmunidad sólo a partir del momento en que pasaran a cumplir efectivamente sus funciones, no haría ninguna referencia al acto de proclamación; pero al hacerlo, está confiriendo una protección anticipada al órgano, pues habiendo certeza desde la proclamación, de quienes conformarán el poder legislativo, se pudieran intentar medidas judiciales en contra del diputado y así afectar la conformación de ese cuerpo.

III

DE LA SOBERANÍA POPULAR

En último lugar es importante resaltar la voluntad del pueblo que es el que ejerce y tiene la soberanía. En este sentido cabe preguntarse ¿Hasta qué punto puede una decisión judicial revocar o violar el mandato del pueblo que es el beneficiario de la soberanía?

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general. El soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido,

pero no la voluntad. La voluntad es general o no lo es. Es la parte del pueblo o solamente una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía; en el segundo, no es sino una voluntad particular.

Es un hecho notorio y comunicacional, las elecciones efectuadas el pasado 26 de septiembre en nuestro país. Por ello estimo que, siendo la soberanía uno de los elementos más representativos del Poder del Estado, y es el pueblo, quien lo detenta y ejerce por medio de los órganos destinados para tal fin, el resultado de dicha elección con relación al diputado electo en el presente caso para la Asamblea Nacional, se estaría viendo mermada con la decisión que antecede, toda vez que, dicho fallo, una vez que interpretó la norma constitucional que consagra la inmunidad parlamentaria resolvió que la misma procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, y no desde la proclamación, lo cual conllevó a la continuación del juicio ya iniciado en el caso del ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto, con un futuro incierto hasta el inicio del ejercicio de su función como parlamentario, enervando así una decisión emitida por el pueblo, en un acto de soberanía, como lo es el ejercicio del voto.

En este sentido, considero que con dicha decisión se está contrariando la voluntad del pueblo.

Ahora bien, por cuanto la mayoría sentenciadora interpretó el artículo 200 Constitucional al establecer que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, es que disiento del fallo in comento.

Quedan en estos términos expresadas las razones de mi *voto salvado*.

C. *El Poder Judicial*

- a. *Administración de Justicia: Cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho*

TSJ-SPA ACC. (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

La sentencia puede –y en ciertos casos debe- apoyarse en conocimientos metajurídicos que la complementen, porque la ciencia del derecho no se basta a sí misma en forma pura (opuestamente de cómo la concibe Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho), pues el derecho se apoya en muchos saberes ancestrales con raigambre filosófica e histórica, y está necesariamente conectado con las otras ciencias, hasta el punto de que sin los complejos saberes que le dieron nacimiento, el derecho puro carece de calor y valor humano.

Esta Sala Accidental considera que la sentencia puede –y en ciertos casos debe- apoyarse en conocimientos metajurídicos que la complementen, porque la ciencia del derecho no se basta a sí misma en forma pura (opuestamente de cómo la concibe Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho), pues el derecho se apoya en muchos saberes ancestrales con raigambre filosófica e histórica, y está necesariamente conectado con las otras ciencias, hasta el punto de que sin los complejos saberes que le dieron nacimiento, el derecho puro carece de calor y valor humano. Con tal convicción quiere precisar la Sala en este punto previo de la motivación, que acude a la cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho, para hacer

más explícita y más humanista esta sentencia dirigida a dar respuesta a la demanda de una etnia, es decir, de un pueblo indígena.

Al respecto, el filósofo del derecho Ernesto Grün opina:

“El derecho, desenvolviéndose en el interior de la sociedad, está en comunicación permanente con ella. Le trasmite informaciones a las cuales aquélla reacciona; informado de estas reacciones adapta su dispositivo en función de aquélla. La vida del derecho, su dinámica, son así en gran parte la consecuencia de sus comunicaciones con el medio societal.” (Ernesto Grün. *“Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2006, p. 49)

Si bien es cierto que en la jurisprudencia venezolana no es usual citar autores ajenos al pensamiento jurídico, como en cambio, es costumbre jurisprudencial en otros países, reconoce esta Sala Accidental que –dado el carácter omnicompreensivo del derecho, tan complejo como el valor filosófico que lo sustenta: la justicia- los diversos saberes humanos son útiles para enriquecer el saber jurídico; y que si una sentencia se nutre de conocimientos metajurídicos que ayuden a comprenderla mejor en su contexto histórico, ampliando holísticamente su sustentación estrictamente jurídica, tal sentencia será más útil al justiciable y a la sociedad entera, porque siendo más didáctica servirá más cabalmente a su objetivo trascendental en el que –como en esta causa- está presente la verdadera historia de América, vista a la luz del tiempo histórico de la vida indígena a lo largo de quinientos años.

Al incorporar los conocimientos metajurídicos en esta decisión judicial, la Sala expresa su respeto y comprensión por la enorme importancia de los pueblos indoamericanos como fundadores originarios de este continente; y a la vez reconoce –nos reconocemos- los seres humanos no aborígenes de América con un origen común a ellos, como sus tributarios.

Al respecto, el antropólogo Enrique Oltra sostiene:

“Nosotros pretendemos encontrarnos con ese hombre que un día pobló nuestro continente y forjó una alta civilización de esplendor. Y ese hombre ya no existe. Y si existe, vive escondido bajo otro ropaje. Es la indumentaria que pidió de prestado y se le impuso traída del occidente. Y, hoy, se ha olvidado de quiénes fueron los que donaron los más hondos sentimientos de su alma, con sus cualidades y aptitudes propias; con su idiosincrasia y rasgos muy singulares.” (Enrique Oltra, *Paideia precolombina. Ideales pedagógicos de aztecas, mayas e incas*, Ediciones Castañeda, Buenos Aires, 1977, p. 9).

Por estas razones, para el jurisdicente del tiempo actual, tan estrechamente interconectado, gracias a la velocidad de la información, la ley y la jurisprudencia no deben estancarse en “una actitud conservadora y tradicionalista, no apta ya para un mundo en rápida transformación, sino centrar la atención sobre los efectos que producirá el derecho sobre su entorno cuando se legisla o se dictan sentencias (...)” (Ernesto Grün, obra citada, p. 50) (Subrayado de la Sala).....

2. *El Poder Municipal: Privilegios y Prerrogativas procesales*

TSJ-SC (1331)

17-12-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Joel Ramón Marín Pérez vs. Decisión del Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

Las prerrogativas y privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a favor de la República, al ser de interpretación restrictiva y excepcional, no son extensibles a los municipios, salvo los que se les establezca por ley. Conforme a ello, los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente.

.....Mediante sentencia del 5 de junio de 2009, por el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en la que se declaró sin lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Joel Marín contra el Instituto Municipal de Aseo Urbano (IMAU) por cobro de indemnizaciones por accidente laboral.

Contra dicha decisión se alegó que el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, conociendo de la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el 5 de junio de 2009, declaró sin lugar la demanda y ordenó notificar al Síndico Procurador Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, siendo que según el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, una vez notificado el Síndico Procurador municipal de la decisión definitiva, la causa se suspende por 30 días continuos, corriendo luego los lapsos para ejercer los recursos a que haya lugar; lo cual no ocurrió, ya que una vez realizada la notificación del Síndico Procurador por el juzgado superior, y luego de ocho días hábiles, se ordenó remitir el expediente al *a quo*, violándose normas de orden público del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, con lo que se lesionó el derecho al debido proceso, el derecho a ser oído, a la presunción de inocencia, al acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, a la articulación de un proceso debido y a obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, con lo cual se pretende garantizar los demás derechos constitucionales y “materiales” dentro del proceso, ya que al remitirse el expediente del juzgado superior al *a quo* antes del tiempo establecido, le impidió poder ejercer el recurso de casación o el recurso de control de legalidad, ya que ya no estaba el mismo en el tribunal de alzada.

Al respecto se observa que los artículos 155 Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y los artículos 8, 72 y 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no son aplicables al presente caso en concreto y, por lo tanto, no existe violación de los derechos al debido proceso, a ser oído, a la presunción de inocencia, al acceso a la justicia, a los recursos legalmente establecidos, a la articulación de un proceso debido y a obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, que fueron alegados, motivo por el cual se declara sin lugar la acción de amparo interpuesta. Así se decide.

Sin embargo, con fundamento en la tutela objetiva de constitucionalidad y en el artículo 25 numeral 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala procede a la revisión de oficio del fallo accionado, para lo cual efectúa el siguiente análisis:

Observa esta Sala Constitucional, que el 12 de mayo de 2009, el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, remitió para la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la causa al Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Dicho artículo establece:

“Artículo 72: Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente.”

Al respecto se señala que, en materia de demandas patrimoniales contra los entes estatales nacionales, la legislación establece una serie de prerrogativas procesales a favor de estos, previstas actualmente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En principio, estas prerrogativas están establecidas a favor de la República, no obstante, las mismas han sido extendidas -por vía legal o jurisprudencial- a otros entes estatales nacionales.

Así, en el caso de los Estados, tales prerrogativas fueron extendidas a través de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en cuyo artículo 33 se dispuso que “*Los Estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República*”.

En cuanto a los institutos autónomos, antes le eran aplicables sólo las prerrogativas previstas en su ley de creación, ya que los institutos y establecimientos autónomos no gozaban, en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas acordadas al Fisco, salvo que por sus leyes o reglamentos orgánicos se les otorgasen (artículo 74 de la derogada Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional). Actualmente, la Ley Orgánica de Administración Pública, atribuye a los institutos autónomos las mismas prerrogativas de la República y los Estados. Así, el artículo 97 de dicha ley establece:

“Artículo 97: Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.”

A nivel municipal, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su artículo 102, establecía que “*El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto sean aplicables*”.

Actualmente, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal carece de una norma similar al artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo cual siendo que la aplicación de tales beneficios es excepcional y, por ende, las normas que los regulan deben ser materia de interpretación restrictiva, en tanto suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, ha de entenderse que en la actualidad no se aplican a los municipios los privilegios y prerrogativas de la República, salvo que expresamente estén establecidos en la ley.

En buen derecho, las limitaciones que se producen con la existencia de las prerrogativas y privilegios de los entes públicos -en general- han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad y excepcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción

En este sentido, esta Sala ha señalado en sentencia N° 2254/13-11-2001, que las prerrogativas procesales que confiere la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República al Procurador General, son de interpretación restrictiva y no extensivas, así por ejemplo, son exclusivas del funcionario o abogado que actúe en representación de la República, y no puede ser extensible a cualquier particular que desee ejercerlas o invocarlas. Igualmente, en sentencia N° 903/12-08-2010, la Sala estableció que los privilegios y prerrogativas de los que goza la República no son extensivos a las fundaciones del Estado.

También, esta Sala....., indicó:

“El reconocimiento de prerrogativas o privilegios a favor de la Administración es entonces, viable, por el interés que, en un momento dado, exista en dar protección a determinado bien o valor jurídico a través de esta institución; sin embargo, los mismos son de interpretación restringida (*Vid.* sentencia N° 2935/2002, del 28-11, caso: *Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure (INSALUD)*), lo que exige, en primer término, el respeto de los derechos fundamentales del individuo; y en segundo lugar, requiere que su estipulación sea expresa y explícita; de allí que, la búsqueda del equilibrio se imponga, no estando permitido al Legislador instaurar tales excepciones de manera genérica e imprecisa, sin considerar la incidencia que su vigencia pueda ocasionar en los derechos fundamentales.

Cuando los privilegios procesales derivan de normas legales, ciertamente es necesario reflexionar acerca de su alcance. En especial, el intérprete debe ser en extremo cuidadoso, su aplicación no puede alterar, afectar ni vulnerar derechos de rango constitucional, de allí que, no puedan hacerse extensivos, por ejemplo, a las empresas del Estado, las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca. (*Vid.* sentencia N° 2291/2006, del 14-12, caso: *Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)* y que, en ocasiones puedan ceder ante casos muy particulares de abuso de derecho o de manifiesta injusticia. (*Vid.* sentencia N° 3524/2005, del 14-11, caso: *Procurador del Estado Zulia*).

Juzga entonces esta Sala que en virtud del rango que los referidos derechos ostentan, esto es, el fundamental a la tutela judicial efectiva y el de igualdad, no sería permisible sostener sobre la base del establecimiento de prerrogativas procesales, de rango legislativo, interpretaciones (normas jurídicas) que lesionen el aludido derecho y además excepcionen el principio de igualdad, de justicia y de responsabilidad del Estado”.

Este tipo de criterio se reitera...

“Para ello, esta Sala debe considerar que la interpretación de los privilegios y prerrogativas - sean de fuente constitucional o legal- debe efectuarse de forma restrictiva por el intérprete, esto es, no pueden inferirse beneficios que el texto expreso no señala, puesto que ello supone crear desigualdades jurídicas en detrimento del principio de igualdad que preconiza el Texto Fundamental (*ex artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*).”

En este sentido se observa que las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictivas y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, por lo que -se insiste- estas prerrogativas deben encontrarse reconocidas expresamente en la ley.

En el ámbito municipal, como se expuso, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal contiene las normas sobre la actuación de los municipios en juicio y, por ende, de sus fundaciones, asociaciones civiles, corporaciones, sociedades mercantiles, empresas e institutos autónomos, estableciendo las siguientes prerrogativas más limitadas que las que se le conceden a la República, esto es: 1) citación del Síndico Procurador de toda demanda o solicitud directa o indirecta contra los intereses patrimoniales (artículo 152); 2) lapso especial para contestar la demanda (artículo 152); 3) no aplicabilidad de la confesión ficta (artículo 153); 4) prohibición de medidas preventivas y ejecutivas sobre los bienes de uso público o afectados a la prestación de un servicio público, (artículo 155), 5) limitaciones de las actuaciones procesales del Síndico Procurador (art. 154), 6) limitación de la condenatoria en costas (art. 156), y 7) especial mecanismo de ejecución de sentencias (art. 156 al 158).

Por lo tanto, las prerrogativas y privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a favor de la República, al ser de interpretación restrictiva y excepcional, no son extensibles a los municipios, salvo los que se les establezca por ley.

En este sentido, cuando el 12 de mayo de 2009, el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, remitió para la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la causa al Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, extendió inconstitucionalmente una prerrogativa propia de la República al Municipio, violando de esta manera el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, se anula la decisión del 5 de junio de 2009, del Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, por violación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, al ordenar a una consulta no dispuesta en la ley. En consecuencia, se declara la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el 6 de marzo de 2009, en primera instancia en la causa principal.

Así mismo, se ordena la publicación del extenso de la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, en cuyo sumario se deberá indicar: “Sentencia de la Sala Constitucional mediante la cual se establece que los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente.” Asimismo, se ordena que se haga mención especial de esta decisión en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, bajo la anterior reseña.

Voto Concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien, suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo.

La mayoría sentenciadora, con ocasión de la acción de amparo interpuesta por el ciudadano Joel Ramón Marín Pérez, REVISÓ de oficio y ANULÓ la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia el 5 de junio de 2009, para finalmente declarar FIRME el fallo emitido por el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del mismo Circuito Judicial Laboral el 6 de marzo de 2009, que declaró con lugar la demanda por cobro de indemnización por accidente laboral ejercida por el hoy accionante en amparo en contra del Instituto Municipal de Aseo Urbano.

Al efecto, la mayoría sentenciadora estableció con criterio vinculante que “...los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente”.

En criterio de quien suscribe, la doctrina vinculante que sintetiza el extracto citado se compadece con la exigencia de interpretar de forma restringida todo lo atinente a privilegios y prerrogativas, como excepción que son de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Por tanto, la Magistrada concurrente comparte plenamente que ante el hecho cierto que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no estipula de forma genérica que los Municipios gozarán de las mismas prerrogativas que la legislación nacional le otorga a la República, como sí ocurría con la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, debe entenderse que “...en la actualidad no se aplican a los municipios los privilegios y prerrogativas de la República, salvo que expresamente estén establecidos en la ley”, que no es otra, de

momento, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; por lo cual no es permisible extender a los Municipios las prerrogativas y los privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, quien suscribe el presente voto concurrente estima que el criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, al precisar que se “...*extendió inconstitucionalmente una prerrogativa propia de la República al Municipio...*”, ha debido resaltar la tendencia coherente de la Sala Constitucional, pues en casos laborales como el de autos, por las propias peculiaridades de lo debatido, la Sala ni siquiera a la República le ha avalado asirse a sus prerrogativas procesales por considerarlas en determinados supuestos abuso de derecho, “...*allanándose la condición del ente público en el juicio y quedando entonces sometido a la misma regla de notificación que impera para el común de las partes en el juicio laboral, recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*” (Vid. la sentencia N° 1116/2010 de 16 de noviembre (caso: *Matilde Castro Daly*)).

En efecto, en sintonía con la concepción constitucional del trabajo como hecho social que requiere protección estatal (ex: artículo 89) y ante la extensión injustificada de las prerrogativas procesales de los entes públicos a los procesos laborales, cabe advertir que el Derecho Laboral es de las pocas ramas del Derecho en la que la equidad constituye fuente jurídica (ex: artículo 60 letra g de la Ley Orgánica del Trabajo), idea desde la cual emergen profundos y fundados cuestionamientos a la extensión de las prerrogativas de los entes públicos al proceso laboral, pues entran en conflicto dos conceptos constitucionales: el interés público, cuya tutela ha sido encomendada a la Administración; y el trabajador, como débil económico, entre los cuales la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha venido decantándose recientemente por tutelar al trabajador como débil económico.

De modo que así debió ser recogido expresamente por la sentencia concurrida.

En efecto, producto de que cada vez son más los casos que en juicios de naturaleza laboral se encuentren involucrados intereses patrimoniales de la República, esta Sala Constitucional ha hecho la advertencia de que los derechos laborales, por ser de talante socio-laboral, gozan de un especial reconocimiento constitucional (Vid. Sent. N° 1116/2010 de 16 de noviembre, caso: *Matilde Castro Daly*), lo que ha conducido a que en las interpretaciones recientes de las prerrogativas se haya evitado que éstas deriven en herramientas procesales para desmejorar las condiciones jurídicas del trabajador.

Así, respecto de la notificación de este órgano y la sucedánea suspensión de la causa se indicó en el fallo N° 2849/2004 de 9 de diciembre (caso: *Levi Atilio Salas olivares*) que en virtud de la particularidad del proceso laboral la notificación obliga a la Procuraduría General de la República: “...*a ser más diligente y dar preferencia a su intervención o no en este tipo de proceso, pues su rápida actuación en tal sentido haría cesar la suspensión que ordene el juez laboral y por ende promovería la respectiva consecución del proceso, en el entendido que sólo así se puede garantizar uno más breve, tanto más si la República no se hará parte, toda vez que, el aludido lapso de noventa días, en tales casos, no habría que dejarlo correr íntegramente*”; aclarándose, esta vez en la sentencia N° 1517/2006 de 8 de agosto (caso: Procuradora General de la República), que: “...*la notificación y suspensión de la causa en los términos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, imponen igualmente a la Procuraduría General de la República una carga procesal, en el entendido que si considera necesaria su intervención debe hacerse parte en el juicio y ejercer oportunamente los recursos a que haya lugar -vgr. Recurso de apelación, casación o recurso de hecho-, tomando en cuenta en cada caso la procedencia de los mismos*”.

En un sentido similar se pronunció la Sala en la sentencia N° 3524/2005 de 14 de noviembre, (caso: *Procurador del Estado Zulia*) cuando calificó el uso desleal de las mencionadas prerrogativas procesales en detrimento de un trabajador como **abuso de derecho**, en los siguientes términos:

...que esta Sala aplique las prerrogativas de los Estados en detrimento del justiciable que exige la tutela del derecho constitucional al trabajo y a las prestaciones sociales tal como lo prescribe el artículo 89 de la Constitución, es hacer que esta Sala Constitucional participe de una irregularidad tan grave que raya en el abuso de derecho, noción de la cual esta Sala ha señalado, en su sentencia N° 2935/2002, que cuando tal abuso se verifica en una causa donde se está discutiendo derechos laborales, los entes públicos no pueden asirse de las prerrogativas procesales.

Y recientemente en la sentencia N° 1116/2010 de 16 de noviembre (caso: *Matilde Castro Daly*) –ya citada–, se indicó expresamente que:

El hecho es que producto de la evolución de la jurisprudencia constitucional, las prerrogativas procesales de la República en los juicios laborales se han limitando a aspectos cada vez más específicos, como corresponde en la interpretación de cualquier regla que flexibilice el derecho a la igualdad. De ese modo, sin desconocer el carácter de orden público de las normas que estipulan las prerrogativas procesales de la República, ni el mandato legal contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, las prerrogativas procesales generan en su titular el deber de indicar de forma expresa y diligente si se hará o no parte en el juicio; y la carga de actuar oportunamente, valorando en cada caso concreto la procedencia efectiva de los recursos a ejercer. Como corolario de tales extremos, el ente público no puede prevalerse de su propia negligencia por cuanto será abuso de derecho, tal como ha sido declarado por esta Sala Constitucional, allanándose la condición del ente público en el juicio y quedando entonces sometido a la misma regla de notificación que impera para el común de las partes en el juicio laboral, recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Es por ello que, en criterio de quien suscribe, más allá de que se haya hecho una extensión indebida de las prerrogativas procesales de la República a los Municipios; el asunto de fondo es que, producto de evolución jurisprudencial de esta Sala Constitucional, **en los procesos laborales no hay cabida para las prerrogativas procesales de ningún ente público**; lo contrario sería hacer una mixtura de regímenes distintos: laboral y contencioso administrativo, en cuya vertiente funcional, signada por un régimen estatutario, la querrela funcional dista en mucho del sistema oral implementado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo que de aplicarse al proceso laboral las prerrogativas procesales de los entes públicos ello desembocaría en una actuación judicial laboral en perjuicio del trabajador, que no deja de ser el débil económico por el hecho de que su patrono sea un ente público.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Nulidad*

A. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (1212)

25-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En cuanto a la violación al debido proceso se advierte que el fundamento legal de la medida cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) es el artículo 33 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.333 del 12 de diciembre de 2005), norma que dispone lo siguiente:

Artículo 33.- “En el curso del procedimiento sancionatorio, incluso en el acto de apertura, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá de oficio o a solicitud de parte, dictar la siguiente medida cautelar, ordenar a los prestadores de servicios de Radio y Televisión o Difusión por suscripción, abstenerse de difundir en cualquier horario mensajes que infrinjan las obligaciones establecidas en el numeral 1, del artículo 29 de esta Ley. (...)” (Resaltado de a Sala).

Conforme a la norma parcialmente transcrita –y sin que ello implique adelanto de opinión al fondo– pueden dictarse medidas cautelares como la impugnada incluso en el auto de apertura, tal como ocurrió en el caso que se examina, cuando se trate de mensajes que hagan apología e inciten a la guerra, promuevan o inciten a alteraciones del orden público, promuevan o inciten al delito, sean contrarios a la seguridad de la nación, entre otros.

De la revisión del acto recurrido se deriva que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), siguiendo los lineamientos previstos en el citado artículo, dictó el acto impugnado en el auto de apertura del procedimiento, lo cual conduce a esta Sala a apreciar, que en principio no hubo violación al derecho al debido proceso de los recurrentes. Así se determina.

2. *El Contencioso Administrativo contra la Abstención o Carencia de la Administración*

A. *Procedimiento*

TSJ-SPA (1117)

24-11-2010

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Asociación Civil Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECO-DAP), y otros vs. Presidente de la República, ciudadano Hugo Chávez Frías.

Los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento.

En fecha 27 de julio de 2010, se dio cuenta en Sala y por auto de la misma fecha se designó ponente al Magistrado Levis Ignacio Zerpa, a los fines legales consiguientes.

Antes de proveer sobre la solicitud planteada, la Sala observa:

1.- La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010, regula en sus artículos 65 al 75, la tramitación por el procedimiento breve de las demandas relacionadas con los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio.

Así, en cuanto al procedimiento para el trámite de las referidas demandas, los artículos 67 y 70 disponen:

“Artículo 67: Admitida la demanda, el tribunal requerirá con la citación que el demandado informe sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho, según sea el caso. Dicho informe deberá presentarse en un lapso no mayor de cinco días hábiles, contados a partir de que conste en autos la citación.

Cuando el informe no sea presentado oportunamente, el responsable podrá ser sancionado con multa entre cincuenta unidades (50U.T) y cien unidades tributarias (100 U.T), y se tendrá por confeso a menos que se trate de la Administración Pública.

En los casos de reclamos por prestación de servicios públicos, la citación del demandado será practicada en la dependencia u oficina correspondiente.”

“Artículo 70: Recibido el informe o transcurrido el término para su presentación, el tribunal dentro de los diez días de despacho siguientes, realizará la audiencia oral oyendo a las partes, a los notificados y demás interesados. Los asistentes a la audiencia podrán presentar sus pruebas.

Si el demandante no asistiere a la audiencia se entenderá desistida la demanda, salvo que otra persona de las convocadas manifieste su interés en la resolución del asunto.”

“Artículo 71: En la oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oír a los asistentes y propiciará la conciliación.

El tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación que así lo requieran.”

“Artículo 72: En casos especiales el tribunal podrá prolongar la audiencia.

Finalizada la audiencia, la sentencia será publicada dentro de los cinco días de despacho siguientes.”

Conforme se desprende de las normas antes citadas, las demandas relacionadas con reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, se tramitarán por el procedimiento breve.

Persigue así el legislador arbitrar un procedimiento expedito que resulte cónsono con la naturaleza y finalidad de la pretensión deducida, en tanto la materia se relaciona con principios cardinales de derecho público y rango constitucional, tales como el derecho a ser notificado de la apertura de cualquier procedimiento que afecte intereses de los particulares, de alegar y disponer del tiempo y los medios adecuados para su defensa; el derecho a servicios básicos de calidad; así como el derecho a dirigir peticiones a cualquier autoridad y obtener oportuna y adecuada respuesta.

De ahí que se haya pensado en evitar demoras inconvenientes mediante la aplicación de un procedimiento que constituya garantía del efectivo y rápido restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Considera la Sala, dada la naturaleza breve del procedimiento en cuestión, que su tramitación (admisión, notificación, audiencia oral y decisión), en los tribunales colegiados, debe realizarse directamente ante el juez de mérito, en este caso, la Sala Político-Administrativa, ello en virtud del carácter breve del referido procedimiento por el cual corresponde a dicho juez instruir directamente el expediente.

Por tanto, sólo procederá la remisión de la solicitud al Juzgado de Sustanciación en aquellos casos en que los asistentes a la audiencia, si así lo consideran pertinente, presentan sus pruebas y las mismas por su naturaleza, necesiten ser evacuadas.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala, que los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento. Así se declara.

De otra parte, cabe precisar que el cómputo del lapso de cinco (5) días hábiles a que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contados a partir de que conste en autos la citación del demandado para que la autoridad respectiva informe sobre la denunciada demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o vías de hecho, debe hacerse por días de despacho del tribunal, pues si bien se persigue celeridad en el procedimiento debe también procurarse un lapso razonable y suficiente para que el responsable pueda elaborar y presentar el informe sobre la denuncia formulada, previa la consulta que deba realizar con el órgano asesor correspondiente, máxime si se considera la grave consecuencia que prevé la norma frente a la omisión de tal exigencia.

En suma, armonizando la necesaria prontitud en la sustanciación del caso con el también indispensable tiempo para que pueda sustanciarse debidamente la denuncia, concluye la Sala que el lapso fijado en el artículo 67 de la referida ley, debe computarse por días de despacho. Así también se declara.

2.- En el presente caso, se ha planteado un recurso por abstención o carencia contra el **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**, ciudadano Hugo Chávez Frías, “*en virtud de su conducta omisiva de dar cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 678 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (...) relativa a la publicación del reglamento sobre la Participación Popular de la citada ley*”; cuyo trámite, en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se realiza por el procedimiento breve contemplado en los artículos antes citados, al no tener contenido indemnizatorio, según mandato de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así, visto que en el caso bajo estudio el recurso por abstención o carencia incoado ya fue admitido por el Juzgado de Sustanciación, encontrándose pendiente la citación del **MINISTERIO DEL PODER POPULAR DEL DESPACHO DE LA PRESIDENCIA**, se ordena emplazar al referido Ministerio requiriéndole que informe en un lapso de cinco (5) días de despacho contados a partir de que conste en autos la citación, sobre la abstención denunciada por los accionantes en la presente causa, con el objeto de dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, remitiéndole copia certificada de la solicitud, de la documentación acompañada a ésta, del auto dictado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 22 de julio de 2010 y de la presente decisión. Así se declara.

Considera igualmente necesario la Sala notificar de la presente demanda a la Procuradora General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Decreto N° 5892 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; así como al Ministerio Público, a fin de que consigne opinión sobre el asunto. Líbrense oficios anexándoles copia certificada de esta decisión.

TSJ-SPA (1214)**30-11-2010**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).**La Sala reitera su jurisprudencia respecto al Recurso por Abstención o Carencia.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el recurso por abstención o carencia planteado por la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

El referido recurso es propio de las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual está regulada en la Constitución de 1999, que prevé el control de las actuaciones y omisiones de las autoridades administrativas, en los siguientes términos:

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

De la norma transcrita se desprende que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa detentan amplias potestades de control sobre la universalidad de posibilidades de actuación de la Administración, abarcando no sólo los actos expresos viciados de inconstitucionalidad o ilegalidad, sino cualquier situación contraria a derecho, en la que la autoridad pública sea la causante de la lesión, infringiendo derechos subjetivos de los justiciables incluso en los casos de inactividad u omisión por parte de la Administración (*Vid.* Sentencia N° 01684 del 29 de junio de 2006).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido los requisitos de procedencia del recurso por abstención o carencia. Entre tales requisitos figuraba anteriormente el de que debía tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en una norma legal (sentencias números 697 del 21 de mayo de 2002, 1976 del 17 de diciembre de 2003 y 1849 del 14 de abril de 2005).

Posteriormente se ampliaron los criterios previstos para la procedencia de los recursos por abstención o carencia, estableciendo que éstos podían estar dirigidos al cumplimiento de cualquier obligación administrativa, fuese específica o genérica. En este sentido la Sala precisó:

“(…) debido al criterio restrictivo acogido por la Sala Constitucional (ver: decisiones N° 1.496 del 13 de agosto de 2001; N° 1.029 del 27 de mayo de 2004; y N° 2.033 del 28 de julio de 2005) respecto a los presupuestos de admisibilidad para el ejercicio de la acción de amparo constitucional, esta Sala Político-Administrativa en sentencia N° 818 del 29 de marzo de 2006, amplió los criterios tradicionalmente previstos para la procedencia de los recursos por abstención o carencia, abarcando no sólo las omisiones de obligaciones específicas consagradas en normas legales, sino las omisiones respecto de actividades que le son jurídicamente exigibles a la Administración ‘sin que haga falta una previsión concreta de la ley’.

En dicha sentencia, esta Sala estableció que:

‘...la restricción imperante respecto a la utilización de la acción de amparo como medio de protección inmediata frente a violaciones de derechos constitucionales, hace necesaria la ampliación de los criterios que tradicionalmente ha utilizado esta Sala para establecer la procedencia de las acciones por abstención o carencia, debiendo, por ende, con miras a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en uso de las facultades que le son otorgadas en virtud del artículo 259 eiusdem, admitir la tramitación por medio del denominado recurso por abstención o carencia, no sólo de aquellas acciones cuyo objeto sea únicamente el cuestionamiento de la omisión de la Administración respecto a una obligación prevista de manera específica en una norma legal, sino abarcar las que pretendan un pronunciamiento sobre la inactividad de la Administración con relación a actuaciones que jurídicamente le son exigibles, sin que haga falta una previsión concreta de la ley, ello con expresión de la universalidad de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la actividad administrativa y de su potestad para restablecer las situaciones jurídicas que resulten alteradas como consecuencia de tales omisiones’ (sentencia N° 01684 del 29 de junio de 2006, ratificado en decisión N° 01306 del 24 de septiembre de 2009, entre otros).

Conforme al fallo transcrito, el criterio de esta Sala es admitir que se tramiten mediante los recursos por abstención o carencia, tanto las acciones que se fundamenten en la omisión de la Administración respecto a una obligación prevista de manera específica en una norma legal, como las que lo hagan con base en la omisión de actuaciones que le son jurídicamente exigibles, aun cuando no estén previstas en la ley.

Asimismo debe precisarse que en relación con los recursos por abstención o carencia, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.447 del 16 de junio de 2010), prevé que estos deberán tramitarse por el procedimiento breve contemplado en los artículos 65 al 74 *eiusdem* “cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio”. Se advierte que aun cuando esta norma no es aplicable –*ratione temporis*– al caso concreto, se cita porque es una necesaria referencia.

3. *Recurso Especial de Juridicidad*

TSJ-SPA (997)

20-10-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Pedro Betancourt López vs. Universidad Nacional Experimental de los llanos occidentales Ezequiel Zamora (UNELLEZ).

La Sala Político Administrativa señala que el Recurso Especial de Juridicidad no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa, a través de la cual la parte interesada pretenda la modificación de una decisión desfavorable a su pretensión. Es una facultad excepcional que permite a la Sala revisar las posibles violaciones legales que vicien la validez de la decisión objeto del recurso de juridicidad, con el fin primordial de mantener la uniformidad de los criterios que emitan los órganos judiciales con competencia en materia contencioso-administrativa y así garantizar sus principios.

Respecto del recurso especial de juridicidad, el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece lo siguiente:

“Artículo 95. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico.

El recurso de juridicidad podrá intentarse contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

Este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa”.

El artículo 96 *eiusdem* dispone:

“Artículo 96. El recurso especial de juridicidad deberá interponerse dentro de los diez días de despacho siguientes a la publicación de la sentencia, ante el tribunal que la haya dictado. El escrito del recurso especial de juridicidad deberá hacer mención expresa de las normas transgredidas”.

De lo antes expuesto, se observa que para proceder a verificar la admisión del recurso especial de juridicidad, esta Sala deberá examinar la concurrencia de requisitos objetivos contenidos en la normativa transcrita, los cuales constituyen las causales generales de admisibilidad, además de las previstas en el artículo 35 de la referida ley, en cuanto sean aplicables. Por lo tanto, para su admisión se requiere que el recurso: 1) sea ejercido mediante solicitud de la parte interesada, 2) verse sobre *“sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico”* o se pronuncie sobre la destitución de jueces y juezas, 3) que se incoe ante el tribunal que dictó la sentencia, dentro de los diez días de despacho siguientes a su publicación, y 4) que con ocasión a su anuncio se haga mención expresa de las normas violadas en la sentencia.

No obstante lo anterior, se advierte que dada la amplitud de los supuestos en que dicho recurso podría interponerse y por cuanto no constituye una tercera instancia, debe atenderse a la potestad discrecional otorgada por el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando dispone *“podrá”*. Por lo tanto, la Sala considerará de manera restrictiva su admisibilidad, en los casos de cuyo análisis preliminar se evidencie la presunción grave de trasgresión del ordenamiento jurídico, que pueda alterar el orden público y afectar de nulidad la sentencia recurrida.

Ello obedece a que este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa, a través de la cual la parte interesada pretenda la modificación de una decisión desfavorable a su pretensión. Es una facultad excepcional que permite a la Sala revisar las posibles violaciones legales que vicien la validez de la decisión objeto del recurso de juridicidad, con el fin primordial de mantener la uniformidad de los criterios que emitan los órganos judiciales con competencia en materia contencioso-administrativa y así garantizar sus principios.

Establecido lo anterior, la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuya revisión se pretende por esta especial vía, declaró: 1) Su competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por el abogado Pedro BETANCOURT LÓPEZ, contra el fallo dictado por el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 18 de abril de 2008. 2) Con lugar el recurso de apelación. 3) Anuló la sentencia apelada. 4) *“Conociendo en primer grado de jurisdicción”* declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional incoado. 4.1) Negó el pago por concepto de diferencia de prestaciones sociales. 4.2) Ordenó el pago de los intereses de mora. 4.3) Negó el pago por concepto de indexación monetaria. 5) Ordenó una experticia complementaria del fallo.

A efecto de la revisión que solicita, el recurrente argumentó lo siguiente:

Que la sentencia *“atenta de manera evidente contra los principios que conforman la República Bolivariana de Venezuela, como el Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actua-*

ción la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, y que tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático a la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella...”

Que también atenta contra los artículos 80, 89, 92 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *“cuando anula en forma inconstitucional el artículo 38 del Acta Convenio Laboral del Personal Administrativo, Profesional, Técnico y de Servicio de la UNELLEZ 1999-2000”*.

Que de la misma manera violó *“el artículo 28 de la Ley del estatuto de la Función Pública, el cual consagra el derecho para los funcionarios públicos al beneficio de la prestación de antigüedad en la forma contemplada en la Constitución Nacional, en la Ley orgánica del trabajo y su Reglamento” (sic)*.

Aduce que el sentenciador sostuvo sus afirmaciones *“sin traer a los autos alguna prueba, sin ningún estudio económico, macroeconómico, estadístico, si ningún elemento de ejecución presupuestaria, en fin son meras especulaciones sin ningún sustento en la realidad, violando de manera flagrante el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil...” (sic)*.

Que la sentencia *“invade la potestad administrativa propia de la Administración pública. Viola el artículo 236 de la Constitución Nacional, ya que este establece que el Presidente de la República administra la hacienda pública nacional, decreta créditos al presupuesto, previa aprobación de la Asamblea Nacional, formula el plan de desarrollo y dirige su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional” (sic)*.

Que *“viola igualmente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que el Juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, como lo establecido en el artículo 509 del mismo Código, cuando establece que los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresando siempre cual es el criterio del juez respecto de ellas. La misma violación ocurre con el artículo 510 del mismo Código...” (sic)*.

De los alegatos formulados se evidencia que lo pretendido por el actor con la interposición del presente recurso es que esta Sala realice un análisis exhaustivo de las circunstancias de hecho y de derecho atinente al mérito del asunto, actividad que convertiría esta especial vía recursiva en una tercera instancia. Adicionalmente, se advierte que el recurrente no determinó de manera específica y categórica las supuestas transgresiones que denuncia como violatorias del ordenamiento jurídico, motivo por el cual se declara inadmisibile el recurso interpuesto. Así se declara.

TSJ-SC (1149)

17-11-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Hotel Tamanaco C.A.

La Sala Constitucional declara, en sede cautelar, la inaplicación del recurso especial de juridicidad previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en virtud de que la aplicación de las normas impugnadas pudieran crear perturbaciones, retardos o alargamientos en los juicios contencioso ad-

ministrativos, con el temor de que el proceso pudiera convertirse en un instrumento que juegue contra quien tiene la razón en un juicio y contra los principios de tutela judicial efectiva, celeridad y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente, establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, debe la Sala decidir sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos formulada por la demandante y, en tal sentido, el artículo 130 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece:

“Artículo 130.- En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional, podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

Así las cosas, partiendo de las premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, como son (i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma; (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad, la Sala analizará la solicitud cautelar del demandante que pretende la suspensión temporal y general de la ley objeto de impugnación.

En el contexto expuesto, aprecia la Sala que en el caso de autos se denuncia que las disposiciones impugnadas violan el derecho al debido proceso ya que se crea una tercera instancia al otorgarle a la Sala Político Administrativa la competencia para conocer del recurso de juridicidad que se encuentra previsto en las normas objeto de impugnación.

Al respecto, debe esta Sala destacar la mayor importancia que reviste el caso de autos, ya que se trata de la creación, vía legislativa, de un medio judicial de impugnación que va a ser aplicado en los juicios que corresponda conocer a la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta creación -debe destacar la Sala- es una gran novedad en esta materia ya que ha sido constante en la historia de la jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela que los juicios sean conocidos sólo por dos instancias y que no exista una instancia superior o cualquier otro medio de impugnación que pueda enervar los efectos de una sentencia dictada en segunda instancia y que adquiere la condición de definitivamente firme y hace cosa juzgada.

En este contexto, y sin que ello constituya un análisis sobre el fondo de la causa, estima esta Sala, que debe examinar si las normas cuya suspensión se pretenden, relativas todas al recurso especial de juridicidad, hacen necesaria la potestad cautelar de esta Sala:

Tal como lo ha señalado el procesalista Enrique Vescovi el derecho a impugnar una resolución parece responder a una tendencia natural del ser humano y, en el campo jurídico, surgen como un lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, siendo los recursos un medio de buscar su perfeccionamiento. Así, nace la necesidad de pedir un nuevo juzgamiento de la situación por un tribunal superior como un derecho individual para reclamar contra vicios del proceso en busca de una mejor decisión, lo cual lleva implíci-

ta una finalidad pública atinente al proceso, como es lograr una recta aplicación del Derecho y la justicia (véase Enrique VESCOVI, *Los recursos judiciales y demás medios de impugnativos en Iberoamérica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 25-26).

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el derecho al doble grado de conocimiento o a la doble instancia. Así, este derecho está expresamente dispuesto en la parte final del cardinal 1 del artículo 49 constitucional, que consagra que “*Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con la excepciones establecidas en la Constitucional*”. Precepto que en similares términos está contenido en el artículo 8, literal h, de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica –el cual tiene rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna–, que prevé entre las garantías mínimas de todo proceso el “*derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”. Por tanto, no queda dudas de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la doble instancia, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley –tal como apunta el mencionado artículo 49.1 constitucional–.

Ahora bien, la consagración por vía legislativa de medios de impugnación o recursos distintos al recurso ordinario de apelación deben atender a la necesaria búsqueda de un equilibrio entre autoridad y libertad, entre legalidad y justicia, por un lado, y celeridad, por otro (véase en este sentido, Enrique VESCOVI, ob. cit., p. 26). Por ello, corresponde al legislador la delicada tarea de equilibrar preceptos constitucionales, como lo son el derecho a la celeridad procesal, que conlleva las garantías de una justicia expedita y sin dilaciones indebidas (artículo 26 de la Constitución), y el derecho a recurrir del fallo, ya comentado (artículo 49.1 *eiusdem*). De allí que, en principio, la previsión legal de recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, no implica ni un retardo del proceso ni un detrimento a la justicia expedita, sino que constituye mecanismo o medio de impugnación para perfeccionar el proceso y sanear o corregir los actos judiciales viciados. Sin embargo, en este mismo orden de ideas, la previsión de recursos –se insiste– debe lograr el aludido equilibrio entre revisión de acto judicial y celeridad procesal, pues si ello se rompe, se convertiría en un medio ineficaz de justicia ya que alargaría en demasía el proceso en contra del justiciable.

En el caso que nos ocupa, se observa que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se previó, de manera novedosa, un recurso “especial” denominado de jurisdicción, mediante el cual se atribuye a la Sala Político de este Tribunal Supremo de Justicia, “*revisar*” las sentencias “*definitivas de segunda instancia*” cuando éstas “*traspasan el ordenamiento jurídico*”.

Esa Sala, una vez tramitado el recurso conforme al procedimiento especial consagrado en la mencionada ley (artículos 96 al 100), dictará sentencia en la que podrá declarar “*la nulidad de la sentencia recurrida*”, ordenando la reposición del procedimiento o “*resolver el mérito de la causa*” a fin de “*restablecer el orden jurídico infringido*” (artículo 101). Así, se le atribuye a la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal la potestad de revisión de sentencias definitivas de segunda instancia bajo el fundamento de trasgresión del ordenamiento jurídico, pudiendo la referida Sala conocer nuevamente del mérito de la causa para restablecer el orden infringido.

De lo antes expuesto, y sin que ello implique un adelanto sobre el asunto de fondo, se observa que se atribuye a la Sala Político Administrativa una amplia facultad de *revisión* de sentencias, facultad aún más amplia que la otorgada de forma exclusiva y excepcional a esta Sala Constitucional por disposición del artículo 336, cardinal 10 de la Constitución y desarrollada en los artículos 25, cardinales 11 y 12 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo

de Justicia; pues, mediante el recurso “especial” de juridicidad, se le permite a la mencionada Sala Político Administrativa revisar una sentencia, que ya tuvo un doble grado de conocimiento, y anularla bajo el nuevo examen del mérito de la causa, sin más limitación o fundamento que la trasgresión del ordenamiento jurídico.

Por tanto, visto *prima facie*, que la aplicación de las normas impugnadas pudieran crear perturbaciones, retardos o alargamientos en los juicios contencioso administrativos, con el temor de que el proceso pudiera convertirse en un instrumento que juegue contra quien tiene la razón en un juicio y contra los principios de tutela judicial efectiva, celeridad y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente, establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; además de existir la presunción grave de que dicho medio de impugnación implique la invasión de atribuciones de revisión que son competencia exclusiva y excluyente de esta Sala, se acuerda la suspensión de las normas impugnadas y, en consecuencia, la inaplicación del recurso especial de juridicidad previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, y regulado en el Capítulo IV del Título IV de esa Ley, así se decide.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Acción de inconstitucionalidad

A. Competencia

TSJ-SC (1025)

26-11-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado la Constitución del estado Táchira.

La Sala Constitucional declara su competencia para conocer de la nulidad de la Constitución del Estado Táchira.

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente demanda de nulidad por inconstitucionalidad, para lo cual, observa:

El artículo 336.2, de la Carta Magna, establece que es competencia de la Sala Constitucional “*Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella*”.

En igual sentido, el artículo 25.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevé:

“Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

2. Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colida con ella”.

Por su parte, el artículo 31.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevé como competencia común de todas las Salas:

“Artículo 31. Son competencias comunes de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia:

3. Conocer de los juicios en que se ventilen varias pretensiones conexas, siempre que al Tribunal esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas”.

Conforme a las normas atributivas de competencia que rigen a la jurisdicción constitucional, esta Sala es competente para conocer de la presente demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira. Asimismo, visto que el Decreto núm. 199 del 17 de abril de 2009, dictado por el Gobernador del Estado Táchira se fundamenta en las normas estatales denunciadas, esta Sala determina que ambas pretensiones tienen conexidad entre sí, ello en consideración a que el acto administrativo se encuentra supeditado también al mismo juicio de constitucionalidad. En virtud de ello, esta Sala asume la competencia para conocer de la presente demanda de nulidad. Así se declara.

B. *Medidas cautelares*

TSJ-SC (1025)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira.

La Sala Constitucional suspende la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira 99, que establece como materias de competencia de dicho Estado “3. Su política y actuación internacional, dentro de los principios que rigen la política y actuación internacional de la República” y “5. La promoción de la inversión privada nacional o extranjera generadora de riqueza y empleo en el territorio (...)”.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar interpuesta conforme a los artículos 19 y 21 (aparte 21) de la entonces aplicable Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como fundamento para el proveimiento de la protección cautelar.

En tal sentido, el artículo 130 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 130. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (*Vid.* Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei, Cuarta Edición, *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Cuarta Edición), en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público.

Asimismo, también debe hacerse consideración a lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (G.O. Ext. núm. 5892 del 31 de julio de 2008) que señala:

“Artículo 92. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Conforme a las amplias potestades de esta Sala Constitucional y considerando la disposición del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala observa que se han invocado disposiciones de orden público constitucional relacionadas con el régimen constitucional atinente a la actuación internacional de la República y con los contratos de interés nacional o estatal, lo que determina la presunción de un buen derecho o *fumus boni iuris* en los términos invocados por la representación de la República. Asimismo, al entreverse un riesgo a la división del sistema de competencias que rigen la división horizontal de los Poderes Público en el marco su división territorial, esta Sala, ante la necesidad de no comprometer la seguridad de la República en su esfera internacional y la regulación del régimen de inversiones extranjeras; así como a los fines de evitar que durante la tramitación de la presente causa se suscriban instrumentos en ejecución de los actos cuestionados que dejen ilusoria la ejecución del fallo de fondo, determinándose un verdadero *periculum in mora*; **acuerda la medida cautelar solicitada mientras dure el presente juicio, razón por la cual, SUSPENDE la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira; así como el acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009. Por tanto: 1) se SUSPENDE los efectos de cualquier convenio, contrato, instrumento o acto que haya sido suscrito o dictado con base en los mismos; y 2) se ORDENA al Ejecutivo Estatal abstenerse de celebrar y suscribir cualquier instrumento a nivel internacional con cualquier entidad extranjera, así como de ejecutar posibles planes en aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira y/o del acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la presente causa. Así se declara.**

2. *Acción de amparo constitucional*

A. *Competencia*

TSJ-SC (996)

15-1-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Deisy Josefina Pino e Ildemaro Rafael Acuña vs. Comisión Electoral Principal de la Caja de Ahorros y Préstamos del Personal Obrero del Instituto Universitario de Tecnología José Antonio Anzoátegui (CAPOI-UTJAA).

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer de la acción de amparo interpuesta y, a tal efecto, considera pertinente hacer referencia a los distintos criterios de competencia que se han empleado en relación a la acción de amparo en materia electoral, al respecto observa:

La Sala Electoral a través de la sentencia N° 90 del 26 de julio de 2000 (caso: *Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*) asumió por primera vez el monopolio de la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas de manera autónoma contra las actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes los órganos y entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Posteriormente, el criterio expuesto supra fue ratificado por ese mismo órgano jurisdiccional en sentencia N° 77 del 27 de mayo de 2004 (caso: *Julián Fernando Niño Gamboa vs. Comisión Electoral de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre*), con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada el 20 de mayo de 2004 en la *Gaceta Oficial* N° 37.942.

Este criterio jurisprudencial fue confirmado por la Sala Constitucional, en sentencia N° 1.555 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Yoslina Chanchamire Bastardo*) donde estableció que "...Corresponderá a la Sala Electoral el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o de los órganos constitucionales equivalentes a los mismos..."

Ahora bien, esta Sala Constitucional, decidió modificar el referido criterio a través de la sentencia N° 187 dictada el 8 de abril de 2010 (caso: *Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez*), ampliando el ámbito de su competencia material para conocer aquellos asuntos en los cuales se ejerciera una acción de tutela constitucional contra las autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. En este sentido, el fallo *in commento*, señaló lo siguiente:

"(...) 2.- Sobre este particular, esta Sala Constitucional pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por

ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.

Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exigen.

En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.

En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados. Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral (...).

En definitiva, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer en primera y única instancia en materia de amparo, en los siguientes casos:

a) Amparos autónomos contra las conductas (actos, actuaciones u omisiones) del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral y de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, todos mencionados por el artículo 292 de la Constitución. Ello con fundamento en lo que establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, conforme al cual correspondería a esta Sala el conocimiento de los amparos interpuestos contra el ‘...Consejo Supremo Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) y demás organismos electorales del país...’. La expresión: ‘demás organismos electorales del país’, debe entenderse en el sentido de demás órganos electorales similares a las altas autoridades mencionadas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo. Evidentemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo.

b) Amparos autónomos contra las conductas de los órganos subalternos del Consejo Nacional Electoral en materia electoral;

c) Amparos autónomas contra las conductas de las Juntas Electorales;

d) Amparos autónomos contra las conductas de entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral”. (Resaltado de esta Sala).

Ahora bien, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada el 29 de julio de 2010 en la *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.991, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial* N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, estableció un cambio en la competencia en materia de amparo electoral (artículos 25, cardinal 22 y 27, cardinal 3) en atención al órgano o sujeto accionado. Al respecto las referidas disposiciones, establecen lo siguiente:

“... Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

22. Conocer de las demandas de amparo contra los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral, de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, así como de los demás órganos subalternos y subordinados del Poder Electoral...”.

“...Artículo 27: Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional...”.

Tomando en consideración, los referidos criterios de atribución de competencia, esta Sala pasa a determinar cuál de ellos resulta aplicable al caso de autos, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil (*perpetuatio fori*) -aplicable al caso de autos por remisión expresa del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- según el cual, la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta en todo el transcurso del proceso son las que obedezcan a las reglas y criterios atributivos que existiesen para el momento de la presentación de la demanda.

En el presente caso, la acción de amparo constitucional fue interpuesta el 26 de marzo de 2010, lo que implica que, al ser anterior a la vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia así como al criterio vinculante sentado por esta Sala en sentencia N° 187 dictada el 8 de abril de 2010 (caso: *Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez*) la presente causa debe ser conocida por la Sala Electoral en atención al criterio establecido en la sentencia N° 90 del 26 de julio de 2000 de la Sala Electoral (caso: *Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*), acogido por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1.555 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Yoslina Chanchamire Bastardo*), vigente para el momento de la interposición de la acción.

En atención a las consideraciones formuladas, esta Sala Constitucional se declara incompetente para conocer de la acción de amparo interpuesta por los ciudadanos Deisy Josefina Pino e Ildemaro Rafael Acuña, contra la Comisión Electoral Principal de la Caja de Ahorros y Préstamos del Personal Obrero del Instituto Universitario de Tecnología José Antonio Anzoátegui (CAPOIUTJAA) y, en consecuencia, declina el conocimiento del asunto en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; y así se decide.

B. *Condiciones de admisibilidad*

TSJ-SC (1089)

3-11-2010

Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López

Caso: Federación Internacional de Capellanes y Derechos Humanos vs. Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

El artículo 133, numeral 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es aplicable supletoriamente al procedimiento de amparo, conforme al artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Conforme a dicho artículo la Sala declara inadmisibile la acción, en virtud no existir capacidad procesal del apoderado, por la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa. Voto Salvado.

La Sala advierte, luego de una exhaustiva revisión de las actas que conforman el expediente, que la abogada Marilen Colina, quien interpuso la acción de amparo ante esta Máxima Instancia, atribuyéndose la condición de “asesora jurídica” de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS, no acompañó poder alguno que acreditara su representación; sólo se observa de copia fotostática del Acta Constitutiva de la referida Federación, que corre inserta a los folios 354 al 381, que en su artículo 41, lo siguiente:

“...La Federación, contará con un Asesor o Asesora Jurídica, para la tramitación de todos los aspectos constitucionales y legales que ella requiera...”.

Posteriormente, en el mismo documento, se designa como asesora jurídica a la abogada Marilen Colina.

Ahora bien, la legitimación activa en materia de amparo constitucional corresponde a quien se afirme agraviado en sus derechos constitucionales; y en el caso *sub iudice*, la sujeta agraviada no otorgó un mandato o poder que permitiera que la profesional del derecho Marilen Colina, ejerciera su representación válidamente en el presente procedimiento de amparo constitucional, toda vez que su simple designación como “asesora jurídica” en el Acta Constitutiva no la faculta para ejercer la representación judicial ni extrajudicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS.

En atención a lo anterior, resulta necesario señalar que la doctrina jurisprudencial de la Sala establecida en esta materia, ha quedado expresada en la sentencia N° 1.364 del 27 de junio de 2005, caso: *Ramón Emilio Guerra Betancourt*; ratificada, entre otras, en sentencias N° 2.603 del 12 de agosto de 2005, caso: *Gina Cuenca Batet*; 152 del 2 de febrero de 2006, caso: *Sonia Mercedes Look Oropeza*; 1.316 del 3 de junio de 2006, caso: *Inversiones Inmobiliarias S.A.*; y 1.894 del 27 de octubre de 2006, caso: *Cleveland Indians Baseball Company*, de la siguiente manera:

“...Para la interposición de un amparo constitucional, cualquier persona que considere haber sido víctima de lesiones constitucionales, que reúna las condiciones necesarias para actuar en juicio, puede ser parte actora en un proceso de ese tipo. Sin embargo, al igual que para cualquier otro proceso, si ese justiciable, por más capacidad procesal que posea, no quiere o no quiere por su propia cuenta postular pretensiones en un proceso, el *ius postulandi* o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente el derecho de representación, en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente.

Así las cosas, para lograr el ‘andamio’ de la acción de amparo constitucional, será necesario por parte del abogado que no se encuentre asistiendo al supuesto agraviado, demostrar su representación de manera suficiente; de lo contrario, la ausencia de tan indispensable presupuesto procesal deberá ser controlada de oficio por el juez de la causa mediante la declaratoria de inadmisibilidad de la acción...” (Negritas de esta decisión).

Asimismo, esta Sala en sentencia N° 716 del 18 de abril de 2007, caso: *Alfredo Rodríguez Barrios*, expuso respecto a la representación en amparo lo que sigue:

“...Cabe destacar, que lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no aplica en casos de falta de consignación del poder, pues no puede subsanarse mediante el despacho saneador (artículo 19 *eiusdem*) una omisión que es esencialmente de naturaleza probatoria e intrínseca de la parte accionante, y que, en consecuencia, obedece a un orden diferente a los requisitos que debe contener el escrito como tal, del cual no forma parte el mandato, por ser un elemento de prueba de la representación que se arguye.

Al efecto, el artículo 18 de la citada Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone lo siguiente:

‘En la solicitud de amparo se deberá expresar: 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido...’. Resaltado de esta Sala.

En este orden, debe señalarse que la falta de consignación del mandato como tal, no produce la inadmisibilidad de la acción de amparo, siempre que en el escrito se mencionen expresamente los datos que identifican el poder conferido, en cuyo caso deberá ser consignado antes de la oportunidad en que el órgano jurisdiccional respectivo se pronuncie sobre la admisión de la acción. De allí que no puede ser presentado con posterioridad a la interposición del amparo, un poder que no había sido otorgado para esa fecha, por lo que sería materialmente imposible aportar su identificación como lo dispone la norma comentada.

(...omissis...)

Ahora bien, observa esta Sala que la presente acción de amparo constitucional fue presentada por el abogado José Rafael de Los Ríos, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Alfredo Rodríguez Barrios, mas no puede evidenciarse que haya actuado en nombre y representación del hoy quejoso, bien mediante poder o a través del respectivo nombramiento y juramentación aludidos en el Código Orgánico Procesal Penal...”.

Así las cosas, el artículo 133, numeral 3, de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable al procedimiento de amparo de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prevé la falta de representación como una causal de inadmisibilidad, en los siguientes términos:

“Artículo 133. Se declarará la inadmisión de la demanda:

(...omissis...)

3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente.

(...omissis...)”

Así bien, en atención a la norma supra señalada, en sentencia número 952 del 20 de agosto de 2010, la Sala estableció lo que sigue:

“Antes de emitir cualquier pronunciamiento en torno al asunto sometido al conocimiento de la Sala, es menester efectuar algunas consideraciones procesales con ocasión de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, que resultan además de trascendencia para resolver el caso de autos.

Señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 24, que ‘Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso...’ A la letra de lo señalado en dicho precepto, los procesos que cursan actualmente ante esta Sala es menester tramitarlos con base en las nuevas reglas procesales; y, de ser necesario, las actuaciones procesales realizadas encauzarlas dentro del neo diseño procedimental.

Teniendo tal mandato constitucional como referente, se observa que en el nuevo esquema procesal dispuesto en la reciente Ley se distingue entre las causas que requieren sustanciación (artículo 128) y las que no (artículo 145), a los efectos de someter a cada una de ellas a reglas procesales distintas.

Así, siguiendo la distinción legislativa, las causas que requieren sustanciación son: la nulidad de actos normativos, bien sean nacionales (numeral 1) estatales o municipales (numeral 2), o los dictados por el Ejecutivo Nacional (numeral 3); los actos dictados en ejecución directa de la constitucional (numeral 4); las omisiones legislativas en cualquiera de sus divisiones verticales (numeral 7); los recursos de colisión de leyes (numeral 8); las controversias constitucionales entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (numeral 9); y la demanda de interpretación de leyes (numeral 17).

Por su parte, de conformidad con el artículo 145 de esa misma Ley, ‘En las causas en las que no se requiera sustanciación, la Sala decidirá en un lapso de treinta días de despacho contados a partir del día en que se dé cuenta del recibo de las actuaciones, salvo lo que preceptúan la Constitución de la República y leyes especiales’, agregando luego que “No requerirán sustanciación las causas a que se refieren los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del artículo 25. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y fijar audiencia si lo estima pertinente’. Las causas a que se refiere el artículo aludido son: las de verificación de la constitucionalidad de los Tratados internacionales suscritos por la República (numeral 5); la constitucionalidad de los decretos que declaren los Estados de excepción (numeral 6); las revisiones de sentencia en cualesquiera de sus sub tipos: las dictadas por cualquier tribunal de la República (numeral 10), las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (numeral 11) y las que realizan control difuso de la constitucionalidad de leyes (numeral 12); los conflictos de cualquier naturaleza que se presenten entre Salas (numeral 13); la constitucionalidad del carácter orgánico de las Leyes y decretos leyes (numeral 14); y la constitucionalidad de una Ley antes de la promulgación (numeral 15).

Lo cierto es que ambos tipos de procedimiento se encuentran agrupados bajo el mismo Capítulo II ‘De los procesos ante la Sala Constitucional’; de tal modo que el término procesal ‘sustanciación’ es el concepto clave para distinguir cuáles son las reglas procesales exclusivas de las causas a que se refieren el artículo 128.

Así, la ciencia procesal nos indica que la sustanciación de la causa comienza con la admisión de la demanda, que es el acto con el cual nace el proceso. De ese modo, se colige que las reglas procesales del Capítulo II de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que son de aplicación exclusiva para las causas a que se refieren el artículo 128 son las contenidas en los artículos 135 y siguientes, al ser las que regulan la sustanciación de las causas una vez producida la admisión de la demanda.

De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no),

sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer ‘De los procesos ante la Sala Constitucional’. Así se declara... (Negritas y subrayado nuestro).

En el mismo sentido, encontramos lo establecido por esta Sala en sentencia N° 942, del 20 de agosto de 2010:

“...Es pertinente referir que las causales de inadmisibilidad contenidas en el artículo 133 de la nueva ley son plenamente aplicables a cualquier tipo de recurso, demanda o solicitud que se intente ante las Salas Constitucional y Electoral. En efecto, los artículos 128 y 145 distinguen entre causas que requieren de una tramitación y las que no están sujetas a sustanciación, respectivamente; pero **el artículo 133 no es una norma procedimental sino una disposición que contempla las causales por las cuales la petición no es admisible a trámite. En consecuencia, el artículo 133 se aplica a cualquier demanda o solicitud, requiera trámite procedimental o no esté sujeta a sustanciación; y así se declara ...**” (Negritas y subrayado nuestro).

En consecuencia, con fundamento en lo previsto en las sentencias supra transcritas y las consideraciones precedentemente expuestas, esta Sala estima que en el caso bajo análisis la abogada Marilen Colina, no tiene capacidad procesal para interponer la acción de amparo de autos, en virtud de la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa como apoderada judicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS, razón por la cual resulta imperioso para esta Sala declarar inadmisibile la presente solicitud de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 133, numeral 3, de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La discrepancia de la decisión que precede atañe a la declaración de inadmisión de la demanda de amparo constitucional, porque no está acreditada la representación judicial del accionante.

En efecto, la mayoría sentenciadora negó la admisión de la pretensión de tutela constitucional, con base en la aplicación supletoria del artículo 133.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y con afincamiento en que “*la abogada Marilen Colina, no tiene capacidad procesal para interponer la acción de amparo de autos, en virtud de la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa como apoderada judicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS...*”. Al respecto, se advierte:

1.1 En primer lugar, la aplicación supletoria de normas jurídico-positivas tiene, como propósito único, la solución de una situación que no aparezca regulada, o lo esté insuficientemente, por la ley que, en principio, sea la aplicable. Se trata, en otros términos, de la necesidad de subsanación de vacíos legales o de puntos dudosos que existan en el texto normativo que deba aplicarse al caso concreto, tal como, por ejemplo, lo establecía, de manera expresa, el artículo 20 del Código de Enjuiciamiento Criminal. En la situación que se examina no existe tal insuficiencia, ya que la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales regula claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo

constitucional –entre ellos, la “*suficiente identificación del poder conferido*”–, so pena de declaración de inadmisión de la pretensión, luego de que el Juez de la causa verifique que el demandante no acató la orden de subsanación de la falta o defecto de acreditación de la representación que se hubiera atribuido quien dijo actuar como tal representante del actor (artículos 18 y 19). Entonces, no tiene justificación alguna que hubiera sido traída a la presente causa una norma legal, para su aplicación supletoria, en relación con la falta de debida acreditación de la representación judicial, si se tiene en cuenta que, como se expresó anteriormente, dicha situación fue suficientemente normada por el instrumento legal que regula el amparo constitucional, de suerte que no había, en dicha ley –tan orgánica, por lo demás, como la del Tribunal Supremo de Justicia– vacío ni punto dudoso que, al respecto, hubiera que suplir o esclarecer en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

1.2 Por otra parte, tampoco puede afirmarse que, para la apreciación de la admisibilidad de la pretensión de protección constitucional, tenga primacía el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las equivalentes de la también Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que anteriormente se nombró, no sólo por razón de que la antinomia entre tales normas de estas leyes de igual jerarquía debió resolverse sobre la base del principio de especialidad normativa, sino, porque, además, la aplicación del citado artículo 133 de la antes mencionada ley que regula a este Supremo Tribunal (la cual fue creada para “*establecer el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia*”), como fundamento de la negativa de admisión de las demandas de amparo como la de autos, sólo sería posible contra las que sean presentadas ante el Máximo Tribunal de la República, pero no ante los tribunales de instancia que conozcan en primer grado de jurisdicción, porque, en éstos, la admisión o no de la pretensión de tutela tiene que ser decidida, en principio, con base en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual la aplicación, en el particular que se analiza, de la referida norma del Tribunal Supremo de Justicia, en el juicio de amparo constitucional, crea un desfase en el tratamiento de la tutela, cuando de la misma deba conocerse, en primera instancia, por los juzgados ordinarios y cuando dicho conocimiento sea de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia. Más aún, si, por ejemplo, actúa como órgano de alzada, dicho órgano jurisdiccional deberá resolver un innecesario dilema sobre la ley aplicable: de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales o la del Tribunal Supremo de Justicia, para la valoración del pronunciamiento que, sobre admisibilidad de la pretensión de tutela, hubiera expedido el *a quo*, conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, ¿deberá esta segunda instancia revocar la decisión del *a quo* mediante la cual se admitió un amparo como el de autos porque se estimó que el mismo satisfacía los requisitos que, sobre tal respecto, preceptúan el cuerpo legal que disciplina la tutela constitucional y el Código de Procedimiento Civil, pero que, en el curso de la apelación, se observe que dicha demanda no se encuentra conforme a las exigencias del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?

1.3 En criterio del salvante, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios doctrinales que ha establecido esta Sala.

1.4 De conformidad con las consideraciones que anteceden, se concluye que si quien alegue que actúa en nombre y por cuenta de la parte actora en un proceso de protección constitucional no acredita debidamente dicha representación, junto con la demanda de amparo constitucional, tal omisión debe dar lugar al referido pronunciamiento de inadmisión sólo

después de que caduque el lapso que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que el abogado subsane el defecto de acreditación de su cualidad procesal

1.5 La negativa de admisión que fue expedida, en el veredicto que antecede, con afinamiento en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia causó, además del antes anotado desfase entre el procedimiento que corresponda, en primera instancia, a los tribunales ordinarios y el que deba aplicar el Tribunal Supremo de Justicia, un inconstitucional efecto de desigualdad que favorece a quienes demanden tutela constitucional ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, porque ellos tendrán oportunidad de subsanación de los defectos que el Juez aprecie respecto de la formalización de su pretensión, en tanto que aquéllos, que deban ocurrir ante el Tribunal Supremo de Justicia para la interposición del amparo constitucional, no gozarán de dicha oportunidad, porque la misma está negada por el referido artículo 133 de la ley orgánica que rige a este Máximo tribunal.

2. De la circunstancia anterior, sólo puede deducirse el reconocimiento, por demás ineludible, de que los principios y reglas que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son, como se afirmó y razonó *supra*, los que derivan de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala, y no los que contiene la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 133), máxime cuando, como ha reconocido esta Sala, el procedimiento de amparo constitucional no es objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (ver, por todas, s.S.C. N° 948 de 20-08-10), pues, se insiste, tiene su propia regulación en materia de requisitos de la demanda (artículo 18), causales de inadmisión (artículo 6) y despacho saneador (artículo 19), lo cual hace inaplicable cualquier ley distinta de la especial que lo norma e innecesario que se acuda a una aplicación supletoria que no encuentra cabida por la ausencia de alguna laguna que requiera de la hermenéutica para su subsanación.

3. Por último, el salvante no está de acuerdo con la tesis mayoritaria que subyace en el veredicto que antecede, según la cual las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia son reglas comunes a los procedimientos que ella regula, tanto los que requieren sustanciación como los que no, sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales (Ver s. S.C. N° 948 de 20-08-2010).

Aunque se comparte cuáles son las reglas que son aplicables a los procesos a que se contrae el artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (los que no requieren sustanciación), en cambio, en criterio de quien disiente, no es cierto que aquéllas sean también de aplicación a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, aún cuando no sea objeto de regulación por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales.

Por el contrario, es elocuente la exclusión de alguna mención de extensión de su ámbito de aplicación a procesos distintos de los que ella regula, en una ley que básicamente recogió, a todo lo largo de su articulado, la jurisprudencia de la Sala, como lo han reconocido las

primeras decisiones posteriores a su muy reciente entrada en vigencia; ley que, sin embargo, omitió la inclusión del criterio que venía aplicando sus normas en materia de causales de inadmisibilidad a los amparos constitucionales (con voto salvado de quien hoy también se aparta del criterio mayoritario).

Por ello, cumple quien disiente con, no solamente la reiteración de los conceptos que ha venido repitiendo, ya por años, acerca de la inaplicabilidad que se analizó en las líneas anteriores sino con el apunte de que, ahora, la tesis mayoritaria no sólo contradice la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por falta de aplicación, sino a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia por errónea interpretación, ya que, a pesar de los cambios que introdujo –transitoriamente- en lo procedimental la Sala, en decisiones como ésta, actúa como si el legislador nada hubiese cambiado respecto a la ley que derogó.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

3. *Legitimación en los casos de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos*

TSJ-SC (1114)

12-11-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Otoniel Goncalves Portillo vs. Universidad Central de Venezuela.

Tratándose en este caso de la tutela de derechos colectivos, se requiere un grado de vinculación mínima con el sector o grupo social que pretende la tutela invocada y, además, la adopción de formas o cuerpos organizados que adopten la defensa jurisdiccional –o extrajurisdiccional- de aquellos intereses o derechos supraindividuales para obtener su satisfacción, que no pueden ser realizables aisladamente o de forma individual.

Como premisa procesal, se hace indispensable delimitar el contenido de la pretensión del amparo constitucional ejercido en el presente caso, así como la eventual proyección de los efectos jurídicos del mandamiento que se dicte, de ser otorgado, a los fines de fijar la competencia de esta Sala Constitucional para conocer la pretensión, vista la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, en virtud de la regla contenida en el artículo 24 del Texto Constitucional, que establece la aplicación inmediata de las normas procesales.

Ello así, el artículo 25.21 de la mencionada Ley Orgánica atribuya a esta Sala: “*Conocer las demandas y pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos y colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral*”.

Ello así, esta Sala en sentencia del 30 de junio de 2000, caso: “*Dilia Parra Guillén*”, realizó pronunciamiento expreso respecto de la consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de los derechos e intereses difusos o colectivos, como categoría de legitimación procesal de grupos, señalando en tal oportunidad, respecto a su conceptualización lo siguiente:

“Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su

calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas.

(...)

...Los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque [no] individualmente

(...)

...en los colectivos, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables” (Subrayado de este fallo).

Sobre la base de los sujetos involucrados en la presente controversia, cabe observar que los legitimados activos ostentan una cualidad que los particulariza para exigir la tutela jurisdiccional: la de estudiantes inscritos en una universidad pública nacional, cual es la Universidad Central de Venezuela, quienes en su condición de cursantes de una segunda carrera de pregrado, su derecho a la educación universitaria gratuita se ve aparentemente obstaculizado por el cobro de aranceles que efectúa dicha Casa de Estudios a los estudiantes que están en tales condiciones, lo cual, en su criterio, quebranta los derechos constitucionales contenidos en los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre el particular, ya esta Sala Constitucional se ha pronunciado con anterioridad en un caso similar, y al efecto, determinó que:

“En atención a las consideraciones precedentes, encuentra la Sala que el derecho a la educación previsto en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es denunciado por los accionantes como vulnerado en perjuicio tanto de ellos, como de todos los estudiantes que cursan materias en la sede de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas, visto el supuesto desalojo del que serían objeto y el cual conllevaría -a criterio de éstos- la interrupción en sus estudios-, que constituye, dada su naturaleza prestacional, una función indeclinable del Estado, ya que está obligado a desarrollar instituciones y servicios que garanticen a todas las personas el acceso, permanencia y culminación de su formación educativa, así como el establecimiento de mecanismos de ordenación, control y protección que procuren el disfrute efectivo de dicho derecho.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de todas las personas a la educación, concebido como un derecho humano, deber social, servicio público e instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad -artículo 102 de la Carta Magna-, dada su proyección colectiva, presupone la existencia de un interés supraindividual que adquiere relevancia propia, más allá de la suma de los derechos e intereses subjetivos de los particulares que se vean afectados por un hecho lesivo específico.

En el caso bajo examen, el presunto desalojo de los estudiantes de la sede de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas, interesa a todos los estudiantes de la mencionada institución de educación superior, más allá de la esfera de derechos e intereses legítimos de los accionantes, por lo que considera esta Sala Constitucional que el derecho a la educación en este escenario, denunciado como supuestamente lesionado, sí corresponde a la categoría de los derechos colectivos, en la medida que se identifica con bienes que resultan inseparables o inescindibles de los derechos o intereses de todos los estudiantes de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas.

Por las razones antes expuestas y en atención a la doctrina establecida por esta Sala Constitucional en sentencias N° 656 del 30 de junio de 2000, caso: ‘Dilia Parra’; 1.042 del 31 de mayo de 2004, caso: ‘Carlos Humberto Tablante Hidalgo’, y 536 del 14 de abril de 2005, caso: ‘Las Trincheras’, las cuales se reiteran en el presente fallo, esta Sala se declara competente para conocer de la acción de amparo constitucional por derechos colectivos ejercida. Así se declara” (Destacado de la Sala).

Visto entonces que si bien aquellos estudiantes que requieren la tutela constitucional esgrimen cualidades específicas que los hace parte de un colectivo estudiantil lesionado, aparentemente, en su derecho constitucional a la educación por un ente público corporativo, su situación merece ser protegida a través de una acción específica de tutela de intereses suprapersonales y los efectos que pueda devenir de dicho fallo, establecería una ulterior protección a los intereses colectivos de estudiantes de distintas Casas de Estudios Superiores que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley de Universidades, están obligadas a brindar una educación gratuita. Por tal razón, esta Sala considera que dicho pronunciamiento pudiese abarcar otros supuestos análogos a nivel nacional, y por ello con el propósito de garantizar la correcta interpretación del derecho a la obtención, por parte de las instituciones del Estado, y en los términos del artículo 103 constitucional, de una educación gratuita hasta el pregrado universitario, como se insiste, esta Sala es competente para conocer y decidir la acción propuesta para la tutela de intereses colectivos ejercida, y así se decide.

III

DE LA LEGITIMACIÓN

En el presente caso, la acción de amparo constitucional fue ejercida por un grupo de estudiantes de la Universidad Central de Venezuela que se identifican, algunos como estudiantes “*regulares*”, otros como pertenecientes a la categoría de estudiantes “*profesionales*” - quienes son afectados directamente por el cobro de aranceles al cursar una segunda carrera universitaria y, por tanto, cuentan con la legitimación activa requerida para incoar la acción-, con la asistencia jurídica de la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, quien funge como Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Cabe precisar que, con relación a la legitimación activa que esgrimen los ciudadanos Roberto Armando Ramírez Morán, César Andrés Villa Crespo, José Antonio Casanova Arvelo, Carlos Eduardo Pérez Medina, Darío Alejandro Lujano Hernández, Jesús Gerardo Díaz Blanco y Cecilia Carolina Leal Agüin, en su condición de estudiantes “*regulares*”, quienes actúan como representantes del grupo político estudiantil que actualmente ocupa la secretaría general del Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho Proyecto de Integración Estudiantil “*PIE-54*”, observa la Sala que si bien esta categoría procesal de protección de derechos e intereses suprapersonales cuenta con una legitimación más abierta para su incoación que otras vías procesales, no es menos cierto que, tratándose en este caso de la tutela de derechos colectivos, se requiere un grado de vinculación mínima con el sector o grupo social que pretende la tutela invocada y, además, la adopción de formas o cuerpos organizados que adopten la defensa jurisdiccional –o extrajurisdiccional- de aquellos intereses o derechos supraindividuales para obtener su satisfacción, que no pueden ser realizables aisladamente o de forma individual.

La Sala ha expresado ya en varias decisiones que los derechos colectivos están referidos a un sector poblacional determinado -no cuantificado- pero si identificable, de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos. La lesión a dichos derechos se limita concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían grupos profesionales o de vecinos, los gremios, los habitantes de un área determinada, etc. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya

tutela se invoca siempre excede al interés de aquél. Quien incoa la acción con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés.

En tal sentido, la acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos.

De allí que en materia de intereses colectivos, lo primordial es reconocer quién representa a la sociedad civil, a la comunidad, a la familia, o al grupo. En consecuencia, la legitimación de los entes colectivos debe surgir de la representatividad que ostentan, por ende, no pueden ser, entre otros, personas naturales que obren en nombre propio, ni grupos que representen una ínfima parte de los componentes del sector (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.578 del 12 de julio de 2005, caso: “*Simón Guzmán y Julio César Castillo*”).

Así, esta Sala en sentencia N° 1.524 del 16 de octubre de 2008, caso: “*Centro de Estudiantes de la Universidad Santa Inés*”, precisó, respecto de la legitimación de los órganos de gobierno y cogobierno estudiantil para representar los intereses de los estudiantes que agrégan que “(...) quien procura la tutela judicial de derechos o intereses colectivos, debe ostentar su cualidad de individuo perteneciente al grupo o sector que se dice agraviado. Ello así, en el presente caso, los accionantes son integrantes de los órganos de gobierno y cogobierno estudiantil de la Universidad Santa Inés (*Centro de Estudiantes y representante estudiantil ante el Consejo Universitario*), por lo que resulta evidente que representan a una organización gremial organizada en procura de la defensa de los intereses de la comunidad de estudiantes de la aludida casa de estudios superiores, en consecuencia, acorde con la doctrina de esta Sala, se reconoce su legitimación para incoar la presente acción de amparo constitucional (...)”. De allí que, congruente con su propia doctrina, esta Sala admite la intervención de los mencionados ciudadanos en la presente causa, y así se decide.

Empero, surge para esta Sala la imposibilidad de admitir la asistencia jurídica que brinda a los accionantes la Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, antes mencionada. Ello en razón de las específicas competencias que le atribuye la Ley Orgánica de la Defensoría Pública a esta categoría de funcionarios públicos, integrantes del sistema de justicia.

En efecto, el artículo 94 de la Ley Orgánica antes mencionada, enuncia el ámbito de competencias procesales específicas que ostenta dicha Defensora Pública, de la siguiente manera:

“Atribuciones de los defensores públicos o defensoras públicas con competencia para actuar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Artículo 94. *Son atribuciones de estos funcionarios o funcionarias las siguientes:*

1. *Orientar y asesorar en la materia de su competencia.*
2. *Ejercer la defensa y asistir a las audiencias convocadas por la Sala Constitucional, en las acciones de amparo ejercidas por el Defensor Público o Defensora Pública contra las decisiones de los Tribunales de Segunda Instancia que amenacen o violen derechos o garantías constitucionales, comunicando de inmediato los resultados de la audiencia al Defensor Público o Defensora Pública que ejerció la acción de amparo.*
3. *Ejercer el recurso de revisión contra las decisiones y procedimientos que de acuerdo al ordenamiento jurídico se ventilen ante la Sala Constitucional, cuando se denuncie la violación de principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en aquellas causas en las cuales sea parte.*
4. *Intervenir en la defensa cuando se haya solicitado el avocamiento a una causa determinada, porque se presume la violación de principios y garantías constitucionales, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la Ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.*
5. *Ejercer la defensa de las apelaciones realizadas contra las sentencias de amparo constitucional y de la acción autónoma de amparo, contra las sentencias que dicten los Tribunales Superiores como Tribunales de Primera Instancia, que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar los principios constitucionales.*
6. *Realizar seguimiento de los recursos de revisión intentados contra las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás Tribunales de la República.*
7. *Realizar seguimiento de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, con ocasión a la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional.*
8. *Ejercer la defensa de la acción autónoma de amparo constitucional realizada contra las sentencias de última instancia dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro Tribunal.*
9. *Mantener informada a la dependencia competente de la Defensa Pública en relación a cualquier cambio de jurisprudencia de la Sala Constitucional.*
10. *Las demás que les atribuyan esta Ley y su Reglamento”.*

Como se observa, la norma no atribuye la competencia específica a estos funcionarios para incoar acciones de amparo constitucional dirigidas a la tutela de intereses difusos y colectivos, o incluso para prestar asistencia jurídica en tales casos, pues tanto el Constituyente de 1999, como el legislador, a través de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, fijaron dicha competencia procesal en cabeza de la Defensoría del Pueblo, de conformidad con el artículo 281.2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los numerales 2, 3 y 4 del artículo 14 de la mencionada Ley Orgánica.

Ello así, conviene sacar a colación lo expuesto por la Sala en sentencia N° 3.648 dictada el 19 de diciembre de 2003, caso: “*Fernando Asenjo*”, mediante el cual se sostuvo -entre otras cosas- respecto a la legitimación para incoar una acción para la tutela de derechos o intereses difusos y colectivos, en los siguientes términos:

“(…) LEGITIMACIÓN PARA INOCAR (sic) UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios,

etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.

LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (...)”.

Conforme a la doctrina sentada por esta Sala, compete sólo a la Defensoría del Pueblo la incoación o la asistencia técnica en este tipo de acciones dirigidas a la tutela de intereses colectivos y difusos por expresa habilitación constitucional y legal, siendo que, en el presente caso la Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para brindar asistencia jurídica e incluso intervenir activamente en el juicio como representante de los intereses colectivos cuya vulneración se denuncia.

Empero, tratándose en el presente caso de un juicio de amparo constitucional, considera oportuno la Sala recordar que ha sostenido que la ausencia de representación o asistencia de abogados, no puede convertirse en un impedimento a la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción que tiene toda persona, y menos para que ella pueda defender sus derechos y garantías constitucionales alegados como infringidos y, en tal sentido, ha admitido la incoación de la demanda de amparo constitucional sin la asistencia técnica requerida, pero, con la salvedad que los demás actos procesales subsiguientes a la incoación de la demanda deben contar con un profesional del Derecho que ostente plena capacidad de postulación para representar válidamente a las partes o asistirles en el decurso del juicio (En ese sentido, *Vid.* Sentencias de esta Sala N°742 del 19 de julio de 2000, caso: “*Rubén Darío Guerra*” y 948 del 24 de mayo de 2005, caso: “*Gritzko Gabriel Terán*”).

En virtud de lo anterior, vista la naturaleza de los intereses que subyacen en la presente acción de amparo constitucional, esta Sala debe ordenar la notificación de la Defensoría del Pueblo, a los fines que sea este órgano quien, en los actos procesales subsecuentes del presente juicio de amparo constitucional, asuma activamente la defensa y representación del grupo de estudiantes que ejerció la presente acción para la tutela de intereses colectivos, y así se decide.