

# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo 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. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Principio de Legalidad. B. Interpretación Constitucional. C. Sistema jurídico penal: *Ius punendi* del Estado. 2. *La forma federal del estado y el concepto de soberanía: Límites impuestos a los estados y a su propia demarcación territorial*.

#### II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen de los derechos humanos*. A. Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad: Delitos de índole económico bancario. B. Exclusión de las personas jurídicas del ámbito de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos. C. Régimen de las limitaciones a los derechos 2. *Derechos Individuales*. A. Derecho a la igualdad y al debido proceso. B. Derecho a la libertad de expresión e información. Limitaciones. C. Derecho a la libertad de tránsito. D. Derecho a la Seguridad Ciudadana. 3. *Derechos Sociales*. A. *Derechos culturales: Identidad cultural*. B. Derecho al deporte. 4. *Derechos Políticos: Participación política de los pueblos indígenas*.

#### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*. A. Competencia en materia de régimen de los Estados de Excepción, y régimen para la administración y gestión de riesgos (Competencia del Poder Nacional). B. Poder Legislativo: Función Legislativa y su control. C. El Poder Judicial. a. Régimen de los Jueces: Jueces Itinerantes Permanentes (jueces de carrera). b. La Administración de Justicia: La seguridad jurídica ante nuevos criterios jurisprudenciales. 2. *El Poder Estatal: Constituciones Estadales*. 3. *El Poder Municipal*. A. Distrito Metropolitano de Caracas: Consejo Federal de Gobierno.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Económico: Libertad de empresa e ilícitos económicos*. 2. *Régimen del sistema financiero*. 3. *Régimen estatutario de derecho público sobre la banca*. 4. *El control sobre la actividad bancaria*. 5. *Régimen de los servicios públicos*.

#### V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Derecho de los administrados: Derecho al debido proceso. B. Potestad Discrecional. Conceptos jurídicos indeterminados. 2. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de validez. Competencia. B. Efectos: Carácter ejecutorio.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Tribunales Laborales: Exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo. 2. *Contencioso administrativo de anulación: Requisitos de la demanda (indicación de los vicios)*. 3. *Poderes del Juez*. 4. *Conciliación*

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control difuso de la constitucionalidad de las leyes: Poderes del juez en materia de interpretación de la Ley para evitar impunidad y de suspensión de la aplicación de una norma para aplicar una ley ya derogada*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Standard para apreciar la inconstitucionalidad de leyes reguladoras de la economía. B. Medidas cautelares. 3. *Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos*. 4. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. Órganos: Juzgados de Municipio. B. Amparo contra sentencias: Inadmisibilidad.

## X. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Terminación de la relación de empleo público. Renuncia tácita*.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *Principio de Legalidad*

TSJ-SC (490)

12-4-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López.

Caso: María Cristina Vispo y otro vs. Revisión Sent. (N° 554.29-10-09)

**Viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 C.) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 C.) tanto reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, como desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como la contempla el tipo de homicidio doloso (artículo 405 del Código Penal). Sólo los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen, y tal atribución no radica en ente alguno del Poder Judicial, sino en la Asamblea Nacional.**

(En esta sentencia se transcribió la sentencia de la misma Sala N° 1744 del 9-8-2007 sobre el tema del principio de legalidad. Véase, el texto en *Revista de Derecho Público* N°111, pp.122 y ss.)

El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

Así como “*Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo*”, ese funcionario tampoco puede descocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante.

Establecido el anterior criterio, esta Sala Constitucional ordena la publicación en la *Gaceta Oficial* del presente fallo y hacer mención del mismo en el portal de la Página Web de este Supremo Tribunal. Así se declara.

En virtud de los razonamientos de hecho y derecho antes expuestos, esta Sala observa que, en el fallo *sub examine*, la Sala de Casación Penal, al declarar la pretendida ausencia de tipicidad del homicidio a título de dolo eventual, efectuó una indebida aplicación del principio constitucional de legalidad penal previsto en el artículo 49.6 del Texto Fundamental, resultante en la violación de ese principio jurídico fundamental y en un errado control de constitucionalidad.

En razón de ello, en ejercicio de su atribución de revisión constitucional, es imperativo para esta Sala anular la decisión objeto de la presente solicitud, N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad N° 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala. Así se decide.

#### B. Interpretación Constitucional

**TSJ-SC (780)**

**24-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy.

Para determinar la legitimidad de las disposiciones transcritas, es menester señalar, que la hermenéutica jurídica y para el caso concreto, el análisis de la constitucionalidad de las normas, es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la in-

terpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, “(...) tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (...)”, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil -conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que “(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Editorial Cívitas, 4° edición, Madrid 1994, p. 29), denomina como ‘fuentes significativas’ del ordenamiento, esto es, lo que el *iuspublicismo* con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-sociopolíticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

#### C. Sistema jurídico penal: *Ius punendi del Estado*

**TSJ-SC (439)**

**27-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

Ciertamente, en el modelo de Estado Social el sistema jurídico penal ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos reconocidos en el ordenamiento jurídico, es clara la necesidad de otorgar a la pena, la función de prevención de los hechos (delitos) que atenten contra estos bienes. En ese contexto, la Corte Constitucional de Colombia, señala acertadamente que:

*“El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves. Así, pues, un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Siguese*

*de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial.*

*La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (Cfr. Sentencia N° C-565/93)*

Sobre la base de estas premisas, **se debe apuntar que si bien en la República Bolivariana de Venezuela se asume que el ejercicio del *ius punendi* -y particularmente en el desarrollo de la actividad legislativa-, debe asegurar las garantías propias del Estado de Derecho, como las vinculadas a los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, debido proceso y derecho a la defensa o al principio de la legalidad entre otros derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, también se sostiene con igual grado de protección e incidencia, que el legislador penal -y los órganos vinculados con su implementación- debe alcanzar una protección suficiente a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales.**

[*Omissis*]

Por ello, es que se afirma acertadamente, que la tipificación del delito y la fijación de la pena es parte de la política o discrecionalidad legislativa, en tanto que a través del procedimiento de formación de leyes, en los cuales según se desprenda de las necesidades de la sociedad, puede identificarse un quehacer histórico en el cual se asumen o descartan distintas concepciones punitivas, que en el marco de la Constitución permitan el desarrollo de diversas tendencias de la política criminal.

Correlativo a los anteriores asertos, es la aceptación de que la facultad de establecer regulaciones punitivas, tales como las causas de exclusión de la responsabilidad penal o respecto a si una pena es suficiente en relación al delito para el cual se contempla, comportan un juicio de valor que normalmente sólo en los casos de manifiesta desproporción o de notoria irracionalidad (tales como la prohibición de pena de muerte o de cadena perpetua), no escapa al ámbito de competencia de los jueces, por lo que en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

En ese sentido, en el derecho comparado (España) la doctrina ha sostenido que no existe un modelo constitucional de sanción administrativa o penal (económica), porque ello forma parte de la política económica cuyo establecimiento es neutral para la norma constitucional, ... (Cfr. CARLOS PÉREZ DEL VALLE. *Introducción al Derecho Penal Económico*, en la obra de ENRIQUE BACIGALUPO (Director). *Derecho Penal Económico*. Hamurabi. Buenos Aires, 2000, p. 42-44 y FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2001).

(*omissis*)

Ahora bien, **en Venezuela no cabe discusión en torno a si en la Constitución puede encontrarse una definición primaria del contenido, alcance y gravedad que vincule el**

contenido de la legislación penal y, particularmente, de la legislación penal económica, ya que el constituyente no sólo incluyó un límite, en cuanto a la proscripción de las penas perpetuas o infamantes, así como que las privativas de la libertad no excederán de treinta años (artículo 44.3 de la Constitución), sino que estableció de manera expresa una disposición normativa que califica como delitos actividades vinculables directamente con el sector bancario, al establecer en el Capítulo VII “*De los Derechos Económicos*”, del Título III “*De los Derechos Humanos y Garantías*”, el artículo 114, en los siguientes términos:

*“Artículo 114.- El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”.*

El contenido del artículo parcialmente transcrito, impone ciertamente un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros.

Cabe acotar igualmente, que si bien existen en el Texto Constitucional normas que compelen al legislador a penalizar actividades como aquellas que atenten contra los bienes del patrimonio cultural (artículo 99 *eiusdem*), respecto a la violación de la inmunidad parlamentaria (artículo 200 *eiusdem*) la evasión fiscal (artículo 317 y numerales 5 y 6 de la Disposición Transitoria Quinta *eiusdem*), y los delitos contra derechos humanos cometido por autoridades (artículo 29 *eiusdem*), ninguna es tan amplia en cuanto a la definición de las conductas antijurídicas y la necesidad de establecer penas severas.

Ahora bien, el punto de partida para determinar el alcance de la norma parcialmente transcrita (artículo 114 *eiusdem*), es sin lugar a dudas la apreciación que hizo el constituyente de 1999, sobre la base de la experiencia histórica del Estado, en relación (entre otras circunstancias) a los efectos de las crisis bancarias, tal como lo destacó esta Sala en relación a la legislación bancaria, al sostener que:

*“Ha sido nuestra propia experiencia histórica la que ha aconsejado la existencia y hasta el aumento de la severidad en las prohibiciones, siendo casi palpable tras un simple contraste cómo una crisis financiera ha sido en parte producto de la desatención de las normas equivalentes a las hoy impugnadas. Así, en los pasados años cincuenta los desajustes de los extintos Banco Táchira, Banco Miranda y Banco Comercial de Maracaibo estuvieron vinculados a la política de auto-crédito que aplicaron las direcciones de esos bancos; en los años sesenta y setenta la crisis del Banco Nacional de Descuento, también por una política de auto-crédito a sus gerentes, directores, administradores o accionistas, fue prolongada, lo cual se refleja en las normas bancarias de 1970 y en las reformas de 1974 y 1975. Lo mismo puede decirse del Banco de Comercio en los anteriores años ochenta; sin embargo, la mayor muestra de la necesidad y de la idoneidad de tales medidas lo es, lamentablemente, la crisis en 1994 de la casi totalidad del sistema bancario, que determinó y determinará notoriamente los medios de supervisión a la banca privada y las actividades prohibidas a dicho sector.*

*En efecto, la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993 se presentó como el nuevo esquema de control estatal llamado a modernizar al sistema bancario venezolano, supuestamente afectado, al igual que el resto de la economía del país, con el sistema de sustitución de importaciones. La política del denominado “gran viraje” pretendía lograr en el sistema bancario las mejoras de las instituciones en beneficio del público usuario y de la economía nacional, propiciando la competencia; el fortalecimiento patrimonial de las instituciones bancarias y las mejoras en los mecanismos de control.*

*No obstante, poco pudo aquilatarse de la aludida Ley: a escasos quince días de su entrada en vigencia el 1 de enero de 1994, detonó la mayor crisis bancaria en la historia del país, que se inició el 13 de enero de 1994 con la salida del extinto Banco Latino C.A. de la Cámara de Compensación, banco éste que entonces recién había adquirido el Banco de Maracaibo, que era el establecimiento financiero más antiguo del país. Esta crisis sistémica, aunque en alguna medida vinculada a factores políticos, ante todo tuvo su origen en variables de carácter económico financiero atribuibles al mal manejo bancario, entre ellas a la inobservancia de las prohibiciones de política de auto-créditos.*

*En su oportunidad, las instituciones financieras aprovecharon los recursos que captaban para financiar inversiones no autorizadas, o para realizar operaciones fuera de balance, a través de entes relacionados, en beneficio de los administradores, principales accionistas y empresas de su propiedad, al extremo que ocho de las instituciones financieras intervenidas poseían, en promedio individual, ochocientas sociedades mercantiles relacionadas con la institución, su grupo económico o con sus directores y administradores, quienes recibieron préstamos gigantescos sin garantías, o fueron agentes de operaciones sin retorno con el dinero de los depositantes en la banca off shore. En otras palabras, se otorgaron préstamos blandos a largo plazo libres de garantía, y en exceso de los límites estatuidos, y en la mayoría de las veces en estos préstamos no existió ni abono a capital ni a intereses y se apreciaron prórrogas indefinidas. Todo ello en detrimento de los usuarios comunes del sistema bancario.*

*Para tener una idea de la magnitud de esta crisis, lo que de suyo implica tener una idea de la magnitud del objeto de las normas impugnadas, cabe señalar que los bancos e instituciones afectadas tenían, para el 31 de diciembre de 1993, un total de dos millones quinientos cincuenta y cinco mil setecientos veintidós (2.555.722) depositantes, que operaban a través de quinientas noventa y ocho (598) oficinas con captaciones que bordeaban los quinientos setenta y cuatro mil ochocientos veintinueve millones de bolívares (Bs. 574.829.000.000); solamente los depósitos en los bancos comerciales afectados representaban el 32,3% de los depósitos en todo el subsistema de la banca comercial nacional. Por su parte, para el país superar la crisis representó una pérdida en las reservas internacionales alrededor de diez mil millones de dólares, una devaluación del 60%, una tasa inflacionaria cerca del 100% y una contracción del Producto Interno Bruto no petrolero del 5.3%. El dinero que se le otorgó a los bancos fue igual al presupuesto nacional de 1994 y representó casi el 13% del Producto Interno Bruto del mismo año. (Cfr. Informes de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria).*

*En definitiva, durante la crisis financiera de 1994 los grupos financieros dieron cabida a un sistema bancario turbio, donde los autopréstamos y las autocarteras estaban a la orden del día, desbordando la propia capacidad financiera, operativa y patrimonial de los bancos. Estos hechos dan cuenta de que allende donde no se han cumplido las prohibiciones impugnadas se deteriora el sistema bancario, incidiendo negativamente en el aparato económico de la Nación. Por ello, la idoneidad y la necesidad de tales prohibiciones dan al traste con los efectos perniciosos que producen su inobservancia, efectos que trascienden, en demasía, a la simple custodia del derecho a la igualdad. Se tratan de objetivos reales sustentados en hechos que la memoria nacional aún no ha olvidado, y que el legislador ha tenido la precaución de vertirlo en las normas (...)” (Sentencia de esta Sala N° 1178/09).*

**Así, el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el resultado de una valoración conforme al cual se considera que la criminalidad económica, afecta a derechos fundamentales vinculados con la producción, distribución y consumo de bienes o servicios y, en definitiva a la calidad de vida en la sociedad, que requieren ser objeto de una penalización severa.**

En su contenido normativo, el artículo 114 Constitucional da respuesta a la necesidad de poner fin a una actividad (conducta) considerada esencialmente perjudicial, a la

paz social y a la consolidación del sistema económico, siendo una “*contribución institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba*” que en momentos de replanteamiento de la institucionalidad como las circunstancias que impulsaron la reforma constitucional en 1999, tenía como objeto resolver como “*drama político-social fundamental*” -en lo que en la norma bajo análisis respecta-, la impunidad generalizada que caracterizó los delitos cometidos en la referida crisis de 1994, tomando en consideración que “*en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio*” (Cfr. GARGARELLA, ROBERTO. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Algunas Reflexiones Preliminares*, trabajo presentado para el Congreso Internacional 10° Aniversario de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 7 al 9 de diciembre 2009, T.S.J., Caracas, 2009, p. 2 y 3).

Los delitos económicos desde la Constitución, se conciben entonces como un conjunto de conductas que lesionan el orden socioeconómico por ella establecido -vgr. Artículos 299 y 308 *eiusdem*-, al lacerar la confianza en dicho sistema o en alguno de sus sectores (bancario), afectando la existencia o normal desenvolvimiento de los agentes que participan en el mismo (usuarios o instituciones bancarias), en el ámbito reconocido por el propio texto fundamental -vgr. Artículo 112 *eiusdem*- o incluso de la sociedad en general respecto al efectivo goce de sus derechos fundamentales -vgr. Artículos 80 y 82 *eiusdem*-. Ciertamente, cada actividad ilícita en el ámbito económico y, en particular en el sector bancario, es pasible de generar efectos nocivos más allá de la empresa involucrada o de los usuarios que padecen sus consecuencias directas, en tanto que sus derivaciones tienden en un sector tan interrelacionado, a expandir sus secuelas negativas en relación a la banca en general, generando inseguridad jurídica y económica.

En ese sentido, **la regulación penal por parte del Estado debe hallarse en las características propias de la actividad bancaria la cual está fundamentada, sobre la base de la confianza de los usuarios que invierten su dinero en instituciones financieras que considera competente profesionalmente para administrar los riesgos que se derivan de sus operaciones, aunado a la convicción de contar con un respaldo normativo que permita garantizar la idoneidad de la banca para manejar el dinero de la sociedad, lo cual como se verá más adelante, sobrelleva una necesaria intervención regulatoria, que ante fracasos estructurales basados en postulados del liberalismo económico, demuestran la vulnerabilidad de un sistema bancario sin controles, tal como se evidenció en la crisis mundial de 1929 o en la reciente crisis económica global de 2007.**

En ese contexto, la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, responden igualmente como parte de la necesidad el Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.

No puede negarse entonces, **que la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo.**

Pero también, como ya se planteó anteriormente, se requiere de una activa participación de los órganos del Poder Judicial y en general de los integrantes del sistema de justicia de conformidad con el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que permita la aplicación efectiva de los tipos penales establecidos o que adecue su contenido, en el marco de las competencias atribuidas por el propio Texto Fundamental, por lo que resulta pertinente reiterar que:

*“la interpretación de las competencias y alcances del contenido de leyes como las contenidas en el ordenamiento jurídico que regula los bancos y otras instituciones financieras, debe responder a las características particulares del conjunto de normas estatutarias de derecho público que regulan el sistema financiero, lo cual implica considerar como elemento característico de dicho cuerpo normativo su necesaria mutabilidad, ya que sus provisiones aunque sean objeto de una constante revisión a los fines de subsanar aquellas inconsistencias o lagunas del ordenamiento jurídico que no permiten un adecuado control del sistema financiero, es en la labor hermenéutica que generalmente se tutelan los derechos y garantías de ese régimen estatutario de derecho público” -Cfr. Sentencia de esta Sala 1.107/08-.*

Tomando en consideración tales circunstancias, la Sala precisó en la referida sentencia que el juez a **“los fines de garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos vinculados al desarrollo de la actividad bancaria, debe tomar en consideración que la realidad de las operaciones y formas jurídicas que en ella se generan y realizan escapan de las provisiones precisas del ordenamiento jurídico, por lo que es necesario a los fines de garantizar los derechos y garantías involucrados, atender a principios generales que sin violar otros derechos o garantías constitucionales -vgr. Principio de legalidad-, posibiliten la realización del principio de justicia social que se materializa en un sistema financiero seguro y responsable (...). Bajo ese marco conceptual, en el cual el juez debe en su labor de aplicación de los principios constitucionales y de los criterios vinculantes de esta Sala, a los fines de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias sociales y la realidad del sistema financiero”.**

Por lo tanto, **corresponde a esta Sala afrontar en el contexto de las competencias que tiene atribuidas, la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), teniendo presente la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca.**

2. *La forma federal del estado y el concepto de soberanía: Límites impuestos a los estados y a su propia demarcación territorial*

**TSJ-SC (597)**

**26-4-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia

**La soberanía es reconocida a la República como manifestación de la unidad nacional y no a parcialidades sociales o político-territoriales.**

El artículo 5 de la Constitución del Estado Zulia establece, lo siguiente:

*“Artículo 5.- El territorio del Estado Zulia comprende el de la antigua Provincia de Maracaibo, declarado por la Asamblea Constituyente el 22 de abril de 1864 como Estado soberano integrante de los Estados Unidos de Venezuela; siendo sus límites los establecidos por la*

*Ley de División Político-Territorial de la República del 28 de abril de 1865, con las modificaciones válidamente establecidas de conformidad con el ordenamiento jurídico de la República y las agregaciones o incrementos resultantes de las accesiones y de las obras efectuadas o que se efectúen.*

*PARÁGRAFO PRIMERO.- En razón de incuestionables títulos jurídicos e históricos, el Estado Zulia se reserva el derecho de dominio que le asiste sobre el denominado Corredor de Palmarito, que formaba parte del Municipio Independencia, posteriormente Distrito Sucre, hoy Municipio Sucre del Estado Zulia; y sobre cualquier otra parte de su territorio objeto de reclamación.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO.- El lecho del Lago de Maracaibo y el de los ríos comprendidos dentro del territorio antes enunciado, corresponden al Estado Zulia”.*

Con relación al artículo 5 de la Constitución del Estado Zulia, se denunció que la misma declara como soberano al Estado Zulia, así como que propone “*una especie de soberanía estatal dentro de los límites de su territorio, cuando el espíritu de la Constitución de la República (...), orienta a la integridad del territorio (...). De tal manera que no cabe duda en cuanto a que la titularidad del lecho del Lago de Maracaibo y de sus ríos, corresponden a la República*”, por violación de los artículos 15 y 156.30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, la Sala a los fines de resolver la denuncia planteada, advierte en primer término, que en el artículo impugnado la referencia histórica formulada respecto a la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, incurre en una imprecisión terminológica, en la medida que la misma no hace mención al término soberanía de la entonces denominada Provincia de Maracaibo, sino a la voluntad de las provincias que se mencionan en la Constitución de 1864, que “*se declaran Estados Independientes y se unen para formar una Nación libre soberana, con el nombre de Estados Unidos de Venezuela*”.

La anterior distinción no resulta baladí, si se toma en consideración el enfoque político institucional que comporta su contenido y las circunstancias históricas en la cual se produjo tal declaratoria.

Desde una visión histórica del proceso de conformación de la idea de unidad nacional, que precedió a la actual República Bolivariana de Venezuela, cabe preguntarse cual era la situación de lo que hoy conocemos como República, cuando se estaba formando como Estado independiente y, particularmente, cómo se asumía bajo el sentido de unidad nacional un proceso de transferencia o más bien de reconocimiento de competencias regionales.

Al respecto, parece bastante ilustrativa la apreciación de USLAR PIETRI al referirse a la concepción de unidad nacional a finales del XVIII y principios del siglo XIX, preguntándose “*¿Cuál era el pueblo que habitaba en este país a principios del siglo XIX? Un pueblo heterogéneo, sin unidad social ni cultural. Porque era una sociedad de castas que no correspondía para nada al concepto de la Ilustración en Europa (...). Este país, en vísperas de la independencia, era muy curioso (...) en primer lugar, no había unidad, había un centro de poder, muy reciente y muy pequeño, que era Caracas y la Capitanía General, que estaba en Caracas. Una de las grandes dificultades fue crear una idea de unidad nacional. Si al padre del mariscal Sucre le hubieran preguntado, a fines del siglo XVIII, ¿usted es venezolano? Él hubiese dicho: -No, yo soy oriental (...). Es que no había unidad venezolana, en primer lugar, el nombre no apareció sino tardíamente y fue en el extremo occidental del país en la orilla del Golfo de Venezuela, por el hallazgo de los palafitos. México era una unidad, las Antillas eran unidades (...) Nueva Granada misma. Hasta la época de Humboldt, y hasta la época de Pons, ya entrado el siglo XIX, nadie hablaba de Venezuela, hablaban de la costa*

*oriental de la tierra firme, de la costa firme, pero no de Venezuela*” -Cfr. Entrevista de ROBERTO HERNÁNDEZ MONTOYA a ARTURO USLAR PIETRI, en la *Revista Imagen*, Caracas: Consejo Nacional de la Cultura (CONAC) de Venezuela, septiembre-noviembre de 1998-.

Así, si se toma en consideración que movimientos como La Cosiata no se gestaron ni desarrollaron inicialmente como una unidad, en el territorio de lo que entonces se correspondía a la capitanía general (1777) o al estado federal (1811), sino más bien restringido a la antigua provincia de Caracas o Venezuela -aunque posteriormente se haya extendido-, denota la inexistencia de una identidad nacional en los términos que hoy conocemos -Vid. LA COSIATA, en el *Diccionario de Historia de Venezuela*. Fundación Polar. Tomo II, Caracas. 1997, p. 872-876-.

Igual consideración merecen las luchas políticas entre federalistas y centralistas, en las cuales hoy se puede apreciar que la confrontación, se produjo entre “*las oligarquías: la caraqueña por someter las regionales o provinciales e imponer su hegemonía, y éstas por defender sus espacios de poder y sus prerrogativas*”, en tanto que para el momento, en voz de Juan Antonio SOTILLO, citado por DOLORES BONET “*eso de federación era que los barceloneses mandaran en Barcelona, los maracuchos en Maracaibo, los corianos en Coro y así sucesivamente*” -Cfr. RAMÍREZ MEDINA, José. *Cambios Institucionales: La Descentralización en Venezuela. Espacio Abierto*, abr. 2002, vol.11, N° 2, p.335-353-. Así, “*el debate en torno al federalismo nunca pasó de ser un intercambio ideológico entre élites políticas del país. Quizás, entonces deba buscarse el significado más profundo de la guerra Federal en el proceso integrador que representó para dos sociedades venezolanas antagónicas y en pugna*” -Vid. GUERRA FEDERAL, en el *Diccionario de Historia de Venezuela*. Fundación Polar, Tomo II, Caracas 1997, p. 602-

En el ámbito jurídico, en las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1811 se produjo la primera confrontación por una República centralista o federalista, adoptándose el modelo federal -cuya aplicación jamás llegó a verificarse realmente-. La concepción de una república federalista fue ampliamente cuestionada por BOLÍVAR y en su discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, se resume su parecer histórico al respecto, al señalar “*Cuanto más admiro la excelencia de la Constitución Federal de Venezuela, tanto más me persuado de la imposibilidad de su aplicación a nuestro estado. Y según mi modo de ver, es un prodigio que su modelo en el Norte de América subsista tan prósperamente y no se trastorne al aspecto del primer embarazo o peligro. A pesar de que aquel pueblo es un modelo singular de virtudes políticas y de ilustración moral; no obstante que la libertad ha sido su cuna, se ha criado en la libertad y se alimenta de pura libertad; lo diré todo, aunque bajo de muchos respectos, este pueblo es único en la historia del género humano, es un prodigio, repito, que un sistema tan débil y complicado como el federal haya podido regirlo en circunstancias tan difíciles y delicadas como las pasadas.*

*Pero sea lo que fuere de este Gobierno con respecto a la Nación Americana, debo decir que ni remotamente ha entrado en mi idea asimilar la situación y naturaleza de los estados tan distintos como el inglés Americano y el Americano Español. ¿No sería muy difícil aplicar a España el código de libertad política, civil y religiosa de la Inglaterra? Pues aún es más difícil adaptar en Venezuela las leyes del Norte de América. ¿No dice El Espíritu de las Leyes que éstas deben ser propias para el pueblo que se hacen? ¿Qué es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra? ¿Que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos; referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la*

*religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales? ¡He aquí el Código que debíamos consultar, y no el de Washington!*” -Vid. Discurso pronunciado por el Libertador en Angostura el 15 de febrero de 1819, en el acto de la instalación del Senado del Segundo Congreso Nacional de Venezuela-.

Si bien durante el periodo comprendido entre 1830 y 1857 el nombre oficial del país era Estado de Venezuela hasta la Constitución de 1858, cuando se asumió el nombre oficial de República de Venezuela, es de resaltar que sólo luego del triunfo del entonces “*Partido Liberal*” en la denominada “*Guerra Federal*”, es que se convoca a una asamblea constituyente para crear una nueva constitución basada en los principios federales, en la cual se dicta la Constitución de 1864, siendo que a pesar que dicho Texto Constitucional fue “*violado infinitas veces por el Partido Federal*” -Cfr. FORTUL, Gil. *Historia Constitucional de Venezuela*. Tomo III, 1953, p. 136-, institucionalizó la desintegración de la República, la cual se logró reintegrar materialmente, sólo a partir de las ruinas del Estado colonial con caudillismo y guerras civiles, que desembocaron en la consolidación de un poder central, que se materializó en los primeros cuarenta y cinco años del siglo XX, iniciados con la denominada llegada de los andinos al poder en 1899.

Las anteriores circunstancias, destacan a esta Sala que la posibilidad real de desarrollar un proyecto nacional en Venezuela, no es el resultado de un proceso pacífico y lineal en la historia de la República, por lo que los logros alcanzados a la fecha deben ser objeto de una tutela especial que consolide el proceso histórico que la precede. Ciertamente, en su labor de garante de la Constitución, la jurisdicción constitucional debe en palabras de BETTI “*prever las reacciones que es de presumir se produzcan al utilizar determinado modo de entender la valoración normativa de la ley, así se debe tener en cuenta tanto la ventaja que no se puede esperar como el daño eventual que se puede derivar de aplicarla en tal modo para resolver el conflicto de intereses en cuestión, el que consistiría el ‘legum probare’ de que habla Leibniz: ‘rationem legis veram reddere, non tantum scilicet cum sit lata, sed etiam cursit tuenda’*. Aunque esta ulterior apreciación debe ser conducida no ya desde el punto de vista de un ficticio legislador de entonces, sino al intérprete de aquél en la sociedad contemporánea, en la que la ley es destinada a desarrollar su función normativa, lo que desde luego, tiene otro sentido que una apreciación meramente contemplativa o retrospectiva, como sucede con el oficio del historiador” -Cfr. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 46-.

Por ello, tal como se advirtió con anterioridad en la presente decisión, desde el punto de vista jurídico institucional, la soberanía es reconocida a la República como manifestación de la unidad nacional y no a parcialidades sociales o político-territoriales, tal como se desprende de la lectura concatenada de los artículos 1, 5, 11, 13, 15, 70, 73, 110, 126, 130, 152, 156.30, 159, 232, 299, 303, 323 y 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela e independientemente que esa soberanía se manifieste en determinadas ocasiones en espacios determinados del territorio, como ocurre por ejemplo con los referendos revocatorios de mandatos de gobernadores o alcaldes.

Partiendo de esa lectura del Texto fundamental, en el presente caso adquiere pleno sentido el contenido de su artículo 159, conforme al cual los “*Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes de la República*”. Así, al adoptarse ese concepto de soberanía con carácter nacional, no es posible que en el ordenamiento constitucional se reconozca un derecho a la autodeterminación (soberanía) de los entes político territoriales que lo componen o de sectores de la sociedad, directa o indirectamente, como es el presente caso, mediante una cláusula

que presupone la existencia originaria y subyacente respecto al territorio que correspondía a la entonces denominada Provincia de Maracaibo -o de cualquier otra región del territorio de la República Bolivariana de Venezuela-, por lo que esta Sala verifica una violación al texto constitucional, contenida en el encabezado del artículo 5 de la Constitución del Estado Zulia. Así se declara.

Aunado a las anteriores consideraciones, esta Sala estima que igualmente se comprueba una violación del texto constitucional en los Parágrafo Primero y Segundo del referido artículo 5. En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 16 que el territorio de la República se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales, los territorios federales y que el territorio se organiza en Municipios, pero además que *“la división político territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización político administrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo”*, por lo que de conformidad con los artículos 156.33 y 187.1 *eiusdem*, corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre la división político territorial, sin perjuicio de la competencia de los Estados regular la *“organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley”* -artículo 164.2 *eiusdem*-.

Sin embargo, dado que esta Sala mediante sentencia N° 1.347/03, estableció que *“lo dispuesto en el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución debe ser entendido como una prohibición para los Estados de modificar sus leyes de división político-territorial o de regulación sobre sus municipios, hasta que la Asamblea Nacional sancione la ley sobre régimen municipal”*, por lo que no podía ese Consejo Legislativo legislar sobre la extensión de su territorio y su respectiva división político territorial, toda vez que a la fecha no se ha dictado la correspondiente ley orgánica -artículo 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, por lo que todo lo relativo a la distribución del territorio del Estado Zulia debe regularse por la Ley de Reforma Parcial de la Ley de División Político Territorial del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Zulia, N° 256 extraordinario del 8 de marzo de 1995.

Cabe igualmente destacar, que al constituirse el Estado Zulia como un ente político territorial de la República con carácter fronterizo, la regulación de sus *“límites territoriales”* tiene en el marco constitucional venezolano una doble función, reconocida por esta Sala en la sentencia N° 2.394/03, la cual estableció con carácter vinculante que *“la frontera (...) resulta esencial en la delimitación espacial del ámbito de ejercicio del poder del Estado, tanto hacia dentro, imponiendo el límite espacial de las relaciones estado-ciudadanos, como hacia afuera, haciendo lo suyo con otros países, y constituye un elemento primordial en la política de seguridad y defensa del Estado, desarrollada novedosamente en la vigente Constitución de 1999”* (Destacado de esta Sala).

En efecto, en la referida sentencia N° 2.394/03 se reafirma que *“el concepto de frontera no es utilizado únicamente como límite espacial del ámbito de ejercicio del poder del Estado, sino que su concepto está enmarcado dentro de una política integral de seguridad y defensa de la Nación, por mandato de las normas contenidas en el Título VII de la Constitución de 1999, específicamente en su artículo 327, norma que ha sido desarrollada legislativamente en diferentes cuerpos normativos que establecen de manera específica los poderes del Estado en las zonas fronterizas, encontrándose dentro de ellas, la Ley de Zonas Costeras (particularmente los artículos 1, 2, 9 y 10), la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (particular-*

mente los artículos 2, 15, 16, 20 y 48), la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (particularmente los artículos 9, 10, 11, y 12), la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares (particularmente los artículos 1, 2, 5, 7, 9), entre otras (...). De otro lado, la Constitución vigente amplía el concepto de territorio por el de 'espacios geográficos', donde se encuentran inmersas las fronteras marítimas, terrestres y lacustres, a que aluden los artículos 11 y 15 del Texto Constitucional".

Con base a las anteriores consideraciones, en la referida decisión se concluyó que "el concepto de frontera, incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada. Tampoco distingue el constituyente venezolano entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación, ya mencionado. De todo lo antes expuesto, interpreta esta Sala que, la expresión 'estado fronterizo' a que alude el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abarca en el ámbito espacial, tanto las fronteras naturales como las artificiales, por lo que los venezolanos por naturalización no podrían optar y ser elegidos para ejercer los cargos referidos en dicho articulado, respecto a cualquiera de los estados fronterizos, salvo la excepción contenida en el único aparte del artículo 40 del Texto Fundamental".

En consecuencia, visto que el contenido del artículo 5 de la Constitución del Estado Zulia contraría el ordenamiento constitucional vigente en los términos antes expuestos y, en particular, siendo que la referida frontera resulta esencial en la delimitación espacial del ámbito de ejercicio del poder del Estado, tanto hacia dentro, como hacia afuera, imponiendo el límite espacial de las relaciones con otros países, constituyéndose como un elemento primordial en la política de seguridad y defensa del Estado, es por lo que se declaran con lugar las denuncias formuladas y se anula el artículo 5 *eiusdem*. Así se decide.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Régimen de los derechos humanos

#### A. Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad: Delitos de índole económico bancario

TSJ-SC (439)

27-5-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

**La Sala considera a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, como delitos de lesa humanidad, y conforme al artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no aplica el principio constitucional de la ley más favorable al reo.**

Ahora bien, frente a la desaplicación se plantea igualmente si la misma debe considerarse como una despenalización del delito de apropiación o distracción de recursos, como tipo penal especial aplicable en el sector bancario, para lo cual resulta necesario abordar la sucesión temporal de leyes que regulan la materia.

En tal sentido, a los fines de abordar el análisis de la sucesión de leyes que se verificó respecto del tipo penal de apropiación o distracción en el sector bancario, debe destacarse que la misma, se rige por el contenido del artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que :

*“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.*

*Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 9 dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.*

Así, no es controvertible sostener como regla Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la plataforma o garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores que conforman la sociedad venezolana, puedan en el marco estatutario aplicable, expresar sus determinadas posiciones políticas, concepciones sociales, creencias religiosas y en general el mantenimiento de su identidad cultural enmarcada en el ámbito nacional, o lo que es lo mismo, como parte integrante de la unidad indivisible o presupuesto básico para su existencia y reconocimiento, como lo es la República la general interpretativa **en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer.**

Por ello, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que *“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.*

Sin embargo, estas previsiones encuentran su límite en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

*“Nada de lo dispuesto en este artículo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.*

La disposición normativa parcialmente transcrita, *plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos excepcionales.*

Ello resulta particularmente patente, tanto en las leyes excepcionales como en las temporales, en las cuales si bien su vigencia pende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron, lo cierto es que en nada influye ésta, sobre la punibilidad del delito cometido, en tanto una interpretación en contrario, en la cual se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la ley más benigna, comportaría respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia.

Es por ello, que en la doctrina y en el derecho comparado se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna, no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, ya que:

*“La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone -sobre esto la doctrina es típicamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho.*

(...)

*Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; Cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, Derecho Penal, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia. **El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho.***

(...)

*Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción” (Cfr. Revista N° 3 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en la página web consultada 12 de mayo de 2011, <http://www.cmfbas.org.ar/revista.php?id=10>).*

Asimismo, la doctrina ha señalado que “*en este caso [resulta aplicable] la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio tempus regis actum*” (ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)

De acuerdo a lo antes expuesto, es necesario concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece expresamente la excepción al principio de retroactividad en el caso de ley más benigna, ya que se entiende que al momento de la comisión del hecho punible, tales conductas eran reprochables penalmente, pero ello como es claro, no puede afirmarse en términos generales a todas las conductas delictuales, ya que se negaría el principio constitucional de aplicación de la ley más favorable al reo.

Sin embargo, **la delimitación del alcance de la mencionada norma cuya interpretación debe ser estricta**, debe plantearse desde un punto de vista histórico, gramatical y sistémico.

Así, debe tenerse en consideración que la justificación de la norma parcialmente transcrita tiene un valor hermenéutico fundamental, que se deriva del contexto histórico en el cual se produjo, como desarrollo o respuesta a los crímenes contra la humanidad que se produjeron en conflictos internacionales, como los verificados en la denominada “*segunda guerra mundial*”, con la comisión de actos reprochables penalmente como los de “*genocidio*” y, que además se vinculaban fundamentalmente a una visión preponderante de efectiva garantía de los derechos individuales, que en la actualidad debe administrarse al carácter de los derechos humanos como interrelacionados, interdependientes, indivisibles y de plena tutela de los derechos fundamentales en general.

Por ello, si bien al momento de su consagración no existía el actual desarrollo respecto de otros derechos fundamentales que trascienden la esfera individual de las personas, es claro que resulta incluida en el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cualquier violación de los derechos de la comunidad o la sociedad en general, reconocidos en instrumentos internacionales y tutelados por la jurisprudencia de esta Sala sobre la base del contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 85/02).

Existe entonces, una obligación de hacer y, en particular de organizar de tal manera los órganos que ejercen el Poder Público, para que éstos sean capaces en sus respectivos ámbitos de competencia de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y dentro de los cuales se incluye -de conformidad con el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, la necesidad de sancionar efectivamente los hechos contrarios a tales derechos fundamentales.

Consecuencia de lo anterior, **es que de los principios generales del derecho internacional, emana la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, de modo que la obligación de sancionar estos delitos que recae sobre los Estados partes de la comunidad internacional, como el Estado Venezolano, está por encima de la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal, así conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados partes asumen dos obligaciones: respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio.**

Para dar cumplimiento a esta obligación, **los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, con la consiguiente obligación de reparar los daños producidos a las víctimas de dichas violaciones y que tal obligación tiene preeminencia sobre la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal.**

Siendo así, **en el caso en examen y bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).**

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Cfr. Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión), dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido, debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (2008), hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010).

Una interpretación en contrario, conduciría a sostener una afirmación que vulneraría el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto que rompiendo los principios de razonabilidad, coherencia y no arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público y, en particular de una competencia propia de esta Sala y de cualquier tribunal de la República (control difuso de la constitucionalidad), se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera y resulta contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.

Lo anterior resulta evidente, si se cuestiona o pregunta si ante el ejercicio de una competencia como el control difuso de la constitucionalidad, es posible concluir que una actividad que resulta antijurídica y menoscaba derechos fundamentales, permitiría una interpretación que la considere como eventualmente lícita e impida el ejercicio de la actividad punitiva del Estado y el resguardo de los valores inmanentes presentes en el ordenamiento jurídico, como se afirmó *supra*, ello constituiría una “legalización” del caos del sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que la incriminación de la conducta descrita en la leyes que han regulado el sector bancario, referida a la apropiación o distracción de los recursos del banco o institución financiera, mantenida a lo largo de todas sus reformas, se llevó a cabo, por vez primera en la ley que se promulgó por Decreto N° 3.228 con Rango, Valor y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del 28 de octubre de 1993, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 4.649 del 19 de noviembre de 1993, el cual fue dictado conforme a la ley que autorizaba al Presidente de la República de Venezuela, para ese entonces, para dictar Medidas Económicas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera, sancionada por el entonces Congreso de la República el 11 de agosto de 1993; el artículo 1°, ordinal 6° *eiusdem* autorizó al Presidente de la República para ejercer la potestad normativa extraordinaria.

En tal sentido, debe destacarse que en el contexto histórico de crisis sistémica del sector bancario, se produjo como se ha señalado la primera penalización de dicha conducta en el ordenamiento jurídico sectorial de derecho público referido a la banca, lo cual instituyó para aquel momento dicho tipo como una verdadera norma excepcional derivada de la necesidad coyuntural para aquel momento de requería de una penalización que se institucionalizó en el desarrollo de la actividad legislativa en la materia, lo cual es puesto de relieve por la doctrina, en tanto que se califica este tipo disposiciones como “*actos normativos eventuales*” (MOLES CAUBET. *Las Potestades Normativas del Presidente de la República*, en el *Libro Homenaje a Rafael Caldera*. UCV, Caracas, 1979, t. IV, p. 2086) consistentes en normas actuantes como medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Dicha reforma estaba orientada al fortalecimiento del sistema bancario, con la finalidad de promover una adecuada competencia de las instituciones y a establecer modificaciones generales a la regulación de la actividad bancaria.

En atención a lo expuesto, debe evidenciarse el sustrato inicialmente excepcional de la norma en el sistema bancario, **que se institucionalizó como una necesaria prohibición en orden a resguardar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

**De ello resulta pues, que como consecuencia de la desaplicación del artículo 213 *ei-usdem*, se entiende aplicable de acuerdo a la fecha de comisión del hecho punible y con fundamento en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la norma que contenga el tipo penal al cual se adecue el hecho jurídicamente reprochable, vigente para el momento de la comisión del delito. Siendo así, en el caso que ocupa a esta Sala, se aplicará la contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008, que señala: “Apropiación o Distracción de Recursos Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años”; y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal -por ser la más favorable en base al principio de ultractividad-; que comporta que la ley vigente al momento de ocurrir el hecho, es la que se aplicará para resolver el caso en concreto.**

En consecuencia, una vez resuelto el asunto sometido a conocimiento de esta Sala por el avocamiento planteado, se ordena la remisión de la presente causa a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para que la misma siga su curso en el estado en que se encuentra, de conformidad con el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

B. *Exclusión de las personas jurídicas del ámbito de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos*

TSJ-SPA (447)

7-4-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Globovisión vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CO-NATEL).

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.

De esta forma se observa que, conforme a lo expuesto en la narrativa del presente fallo, los recurrentes solicitaron amparo cautelar con fundamento en la supuesta violación a su derecho a la libertad de expresión contemplado en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ahora bien, advierte la Sala que en el caso analizado la parte accionante se encuentra integrada por dos personas naturales y una jurídica, esto es, en el orden en que fueron nombradas, los ciudadanos Guillermo Zuloaga Núñez y Alberto Federico Ravell, por un lado, así como la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN), por otra parte.

Lo anterior es relevante para la controversia, toda vez que respecto a quiénes se encuentran autorizados para hacer valer la aludida Convención Interamericana de Derechos Humanos, este Órgano Jurisdiccional ha precisado en casos similares al de autos, 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 N° 39 del 11 de marzo de 1.999).” (Vid. Sentencias Nros. 0794 y 1212 del 28 de julio de 2010 y 25 de noviembre de 2010) (Resaltado y subrayado de la Sala).*

Por lo tanto, conforme al criterio jurisprudencial transcrito, de las personas que integran la parte accionante sólo los ciudadanos Guillermo Zuloaga Núñez y Alberto Federico Ravell, estarían legitimados para ampararse en la aludida Convención.

C. *Régimen de las limitaciones a los derechos*

**CSCA**

**21-6-2011**

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda.

A los fines de atender las circunstancias antes precisadas, la Corte debe señalar, como lo ha asentado en diversos fallos, que los derechos individuales (de una persona o de un grupo reducido) son garantizados en la medida en que no socaven los que corresponden al conglomerado social, pues en estos casos, no sólo se estarían consintiendo privilegios injustificados y con ello situaciones desiguales, sino que además, la armonía social vendría a ser una entelequia, ante la imposibilidad del Estado en garantizar el bien común a todos sin distinción alguna. Como lo manifiesta Gustavo Zagrebelsky: “hoy en día el derecho (...) [e]l conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles. (...) Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal” (*El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, p. 94).

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la igualdad y al debido proceso*

**TSJ-SPA (765)**

**7-6-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Germán Landines Tellería vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala advierte que la Constitución de 1999 propugna como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad y el debido proceso.**

Al respecto, la Sala advierte que la Constitución de 1999 propugna como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad, la proporcionalidad y equilibrio en el juzgamiento, así como el debido proceso y el derecho de defensa. Leamos:

*“Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:*

*1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.*

*2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; (...)” (Resaltado de la Sala).*

*“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*

*1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.*

*2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*

*3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. (...)*

*4. 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. (...)*

*5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (...)*

*6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*

*7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

*8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. (...).”*

Conforme a la normativa citada, todas las personas son iguales ante la Ley, por lo que no se permitirán discriminaciones de ningún tipo. Igualmente el texto constitucional prevé que la ley deberá establecer las condiciones jurídicas y administrativas necesarias para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva, con lo que se pretende que este derecho no se convierta en un simple postulado.

Asimismo la normativa citada dispone que el derecho a la defensa y debido proceso es aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas y comprende el derecho a ser informado de los cargos que se le imputan, de acceder a las pruebas y disponer de los medios adecuados para su defensa, a ser presumido inocente, a ser oído y a ser juzgado por sus jueces naturales. Adicionalmente, dicho derecho implica la garantía de que el justiciable sólo pueda ser sancionado por hechos previstos como delitos en leyes preexistentes a dichos hechos y a que no sea sometido a juicio con basamento en los mismos hechos por los que se le hubiese juzgado anteriormente.

En cuanto al mencionado derecho a la igualdad, esta Sala ha precisado lo siguiente:

*“(...) ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, (...) no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley” (Resaltado de la Sala) (Sentencia de esta Sala N° 00051 de fecha 15 de enero de 2003) (...).” (Sentencia N° 01413 del 07 de agosto de 2007).*

De acuerdo al fallo parcialmente citado, existirá violación al derecho a la igualdad cuando situaciones análogas o semejantes se decidan de manera distinta o contraria sin aparente justificación.

En cuanto al debido proceso y la garantía de defensa en todo estado y grado del proceso (incluso el administrativo), la Sala ha dispuesto:

*“(...) ha sido pacífico y reiterado el criterio de esta Sala en cuanto a que los derechos a la defensa y al debido proceso comprenden: el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho que tiene toda persona a ser informada de los recursos y medios de defensa y, finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes (vid., entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 4.904 del 13 de julio de 2005 y 00827 del 31 de mayo de 2007)” (Sentencia N° 01348 de fecha 29 de octubre de 2008).*

*“(...) En cuanto a los derechos a la defensa y al debido proceso denunciados como violados, la Sala ha venido manteniendo en criterio pacífico que la prescindencia total y absoluta del procedimiento legal establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al numeral 4 del artículo 19 de dicha ley, no se refiere a la violación de un trámite, requisito o formalidad o de varios de ellos. Los vicios denunciados, es decir, la violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, sólo se verifican en los casos en los que no ha habido procedimiento alguno o han sido violadas fases del mismo que constituyen garantías esenciales del administrado, (...)” (Sentencia N° 02048 de fecha 03 de noviembre de 2004, ratificada en decisión N° 0917 de fecha 06 de junio de 2007).*

#### B. Derecho a la libertad de expresión e información. Limitaciones

**TSJ-SPA (633)**

**12-5-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Globovisión vs. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información

**Los actos administrativos que ordenan la transmisión gratuita de mensajes conforme a lo preceptuado en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión no constituyen una vulneración a la libertad de expresión sino una de las limitaciones que a dicho derecho le impone la referida ley.**

##### 2.1.- Violación a la libertad de expresión

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.” (Resaltado de la Sala).*

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 N° 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° 01212 del 25 de noviembre de 2010) (Resaltado de la decisión).*

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

En el presente caso la actora adujo que el derecho a la libertad de expresión no sólo envuelve el derecho de comunicar un mensaje o idea, sino que también implica el derecho a recibirla; que Globovisión se ve obligada a restar minutos de su programación informativa y de opinión para transmitir los mensajes ordenados por el gobierno, lo cual en su criterio vulnera el derecho a la libertad de expresión.

Al respecto se observa que el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión aplicable *ratione temporis*, establece la obligación a cargo de los prestadores de servicios de radio y televisión de transmitir gratuitamente: 1) Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (es decir, las alocuciones oficiales de la Presidencia, Vicepresidencia de la República o de los Ministros contempladas en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.970 del 12 de junio de 2000, aplicable *ratione temporis*), y 2) Los mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público.

Asimismo establece la citada normativa que los últimos de los mensajes gratuitos mencionados no excederán, en su totalidad, de setenta (70) minutos semanales, ni de quince (15) minutos diarios.

Se advierte que como fue expuesto en las líneas que anteceden, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que está sujeto a las limitaciones previstas en la Constitución y en las leyes (ver, entre otras, sentencia de esta Sala N° 01212 del 25 de noviembre de 2010). Pues bien, una de las limitaciones a la libertad de expresión previstas en la ley es la contemplada en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión aplicable *ratione temporis*.

En consecuencia, los actos administrativos que -como los impugnados- ordenen la transmisión gratuita de mensajes conforme a lo preceptuado en la mencionada norma, no constituyen una vulneración a la libertad de expresión de la actora sino una de las limitaciones que a dicho derecho le impone la referida ley. Así se decide.

Adicionalmente no puede dejar de resaltar esta Sala que la propia Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, establece que los mensajes gratuitos previstos en el numeral 2 del artículo 10 *eiusdem* no excederán, en su totalidad, de setenta (70) minutos semanales, ni de quince (15) minutos diarios, disposición que persigue por un lado, evitar que la obligación impuesta a los prestadores de los servicios de radio y televisión se convierta en una pesada carga que termine impidiéndole a éstos ejercer su derecho a la libertad de expresión, y por el otro, garantizar espacios breves pero suficientes para transmitir los mensajes informativos que el Estado requiera difundir.

Debe resaltarse además, que en criterio de la Sala, la duración de esos mensajes gratuitos no impide la explotación de la concesión, tomando en cuenta que el canal accionante dispone de veinticuatro (24) horas de transmisión, los trescientos sesenta y cinco (365) días del año, en virtud del uso que hace del espectro radioeléctrico (que es un bien del dominio público de la República Bolivariana de Venezuela), a través de la concesión de varios años que le fue otorgada por la Administración.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que ni los actos impugnados ni las órdenes de transmisión de mensajes gratuitos fundamentadas en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, impiden que la recurrente pueda seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión (expresando sus ideas, opiniones, informaciones y demás contenidos), a través del canal Globovisión (excluyendo esos setenta (70) minutos semanales o quince (15) minutos diarios de mensajes gratuitos). Ver, entre otras, sentencias de esta Sala números 0763 y 01634 de fechas 23 de mayo de 2007 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente. Así se establece.

Por otra parte, en cuanto a lo argumentado por la accionante relativo a que se está privando a la colectividad de recibir la información y opinión que trasmite Globovisión, se observa en primer término, que en el caso de autos la actora no representa los intereses de la colectividad por lo que mal podría alegar violación de los derechos e intereses colectivos (ver, entre otras, sentencias números 01553 y 01626 de fechas 04 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

No obstante lo expuesto, este Alto Tribunal advierte que en todo caso los actos administrativos que ordenan la transmisión de mensajes gratuitos de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, no impiden a la sociedad venezolana recibir informaciones y opiniones a través de la televisora recurrente [excluyendo esos setenta (70) minutos semanales o quince (15) minutos diarios de mensajes gratuitos] o a través de otros medios de comunicación social, es decir, no imposibilitan que la colectividad pueda “*recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social de propiedad privada (...) a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular.(...)*” (sentencia de esta Sala N° 0763 del 23 de mayo de 2007). Así se determina.

Además, estima este Alto Tribunal que los mensajes gratuitos fundamentados en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, que se han transmitido, por tratarse de mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, interesan a la colectividad tanto como aquéllos que puede ofrecer en su programación la accionante, de modo que la falta de divulgación de esos mensajes gratuitos sí implicaría violación del derecho de la colectividad a estar informada de los asuntos importantes y logros alcanzados por el Estado (en este caso el Poder Ejecutivo de la República

Bolivariana de Venezuela), que en definitiva, son los logros de todos los ciudadanos, siendo dicha divulgación además necesaria para el ejercicio de la contraloría social, a través de la cual el pueblo y los propios medios de comunicación pueden hacer seguimiento a las actividades del gobierno.

De conformidad con las consideraciones expuestas, debe desecharse la alegada violación del derecho a la libertad de expresión. Así se declara.

C. *Derecho a la libertad de tránsito*

CSCA

21-6-2011

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda

**Es posible permitir la instalación de dispositivos de seguridad en las vías urbanas residenciales, siempre que dicha instalación –presumiéndose la existencia de un peligro– resulte razonable y proporcional, en el sentido que no alcance a estorbar desmedidamente el derecho al libre tránsito.**

Visto lo anterior, pasa esta Corte a revisar lo señalado por la Administración al momento de dictar el acto administrativo impugnado, en lo relativo a que la colocación de las rejas aparentemente menoscaba el derecho al libre tránsito. Para el examen correspondiente, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre este Derecho constitucional. En tal sentido, debe traerse a colación lo dispuesto en el encabezado del artículo 50 del Texto Constitucional, que expresamente establece lo siguiente:

“Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional (...) sin más limitaciones que las establecidas por la ley”. (Negrillas de esta Corte)

La libertad de tránsito o derecho de “locomoción” es, dentro del abanico de garantías susceptibles de tutela constitucional, de las que más arraigo posee. Su característica radica en reconocer a toda persona la posibilidad de circular libremente o sin limitaciones por el ámbito de nuestro territorio nacional, en razón de que, en tanto se trate de un sujeto con capacidad de autodeterminación, como tal posee libertad de opción para disponer cómo y dónde es de su preferencia desplazarse.

La libre circulación está prevista en diversos convenios y pactos internacionales, de los cuales cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), cuyo artículo 13 señala que “toda persona tiene derecho a circular libremente (...) en el territorio de un Estado”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 12 indica: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él...”. También lo consagra el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. Así pues, el derecho a la libre locomoción comprende la facultad de desplazarse o circular libremente por todo el territorio del Estado, así como de entrar o salir del mismo y de elegir libremente en él su lugar de residencia. No es más que el ejercicio del atributo “*ius movendi et ambulandi*”, es decir, desplazarse autodeterminativamente en función a las necesidades y aspiraciones individuales. Esta facultad de desplazamiento se materializa a través del uso de vías de naturaleza pública e incluso privadas de uso público, y puede ocurrir tanto de manera física como a través del uso de transporte automotor, entre otros, tal como quedó señalado en la sentencia

Nº 2007-2132 de fecha 28 de noviembre de 2007 dictada por este Órgano Jurisdiccional, limitándose, única y exclusivamente, por restricciones que legítimamente puedan imponerse por las autoridades a través de Ley formal. Como bien lo señala la Enciclopedia Jurídica Jurídica Civitas, el contenido sustancial de la libertad de locomoción comprende:

“(…) la libertad de ir y venir, la libertad de movimientos, y tiene una delimitación geográfica precisa: el territorio nacional (…) comporta básicamente una abstención o no injerencia de los poderes públicos en el ir y venir de los ciudadanos por el territorio nacional. Esto no quiere decir que este derecho sea ilimitado, pues según reiterada doctrina del TC ningún derecho lo es (…)” (Subrayado de esta Corte). (*Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, Editorial Civitas, Madrid España 1995, p. 4020).

En la referida sentencia Nº 2007-2132, se señaló que los derechos fundamentales en su totalidad, y aún separadamente, no han podido y no podrán ser derechos ilimitados, ello en razón de que el titular de esos derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que forzosamente ha de vivir, convivir y relacionarse socialmente, conectándose con ello las reivindicaciones indispensables de la comunidad, todo ello siempre dentro del marco constitucional. Conforme a esta necesidad de convivencia y respeto recíproco, el derecho al libre tránsito, como todos los derechos fundamentales, no es absoluto e ilimitado y su ejercicio implica el reconocimiento y garantía de otros derechos.

Esta utilización racional de los derechos fundamentales actualmente es doctrina común en la jurisprudencia constitucional de todos los países. Bajo ese lineamiento, el Tribunal Constitucional Alemán indicó que “(…) todos los derechos fundamentales, parte[n] de la imagen del hombre de la Ley Fundamental, es decir, del hombre como personalidad auto responsable que se desarrolla en el interior de la comunidad. Esta vinculación comunitaria del individuo reconocida por la Ley Fundamental hace posible también el establecimiento de ciertos límites externos a los derechos fundamentales que son garantizados sin reserva (…)”. De allí que los derechos fundamentales no reconocidos no sean de carácter absoluto, sino que deben ser valorados en relación con su función social (En: Brage, Joaquín. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*, DYKINSON, Madrid 2004, p 36 y ss). (Subrayado de esta Corte).

Pero siendo el derecho que se explica una condición indispensable para el desarrollo de la persona, los motivos que originen la regulación, y con mayor énfasis la restricción, deben fundarse, sin lugar a dudas, en los demás derechos y garantías Constitucionales, dentro de un marco de funciones y atribuciones que dicho Texto Fundamental y las leyes respectivas establezcan.

(*omissis*)

La Inspección judicial antes reseñada, a tenor del artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, tiene pleno valor probatorio en cuanto a los hechos que hace constar; por tanto, las circunstancias comprobadas se le consideran como de certeza judicial.

De la misma ha podido verificar y constatar esta Corte que, como se desprende de sus considerandos e, inclusive, de otras pruebas incorporadas al expediente, la existencia de la reja en la entrada de la urbanización “La Estancia” no puede obstaculizar de ninguna manera la circulación del tránsito en los albores o alrededores de la zona. En efecto, al analizarse la inspección en referencia en conjunto con los planos catastrales de la Urbanización “La Estancia” (Véase Folio 65 del expediente judicial), considera este Tribunal que la zona donde se halla instalada la estructura metálica, que se corresponde con la entrada principal de dicha Urbanización, se encuentra a una distancia lo suficientemente apartada de la Avenida principal (Avenida “El Rosario”, según se desprende de los citados planos) donde transcurre el tránsito vehicular del sector, sin que sea necesario para el transeúnte que circula por la zona

realizar algún desvío hacia la comunidad en referencia (salvo para quien visita o reside dentro de la Urbanización), por cuanto ella está formada de viviendas exclusivamente residenciales y sus arterias interiores no conducen a ninguna otra conexión vial, debido a que son calles “ciegas”.

La circunstancia anterior impide que se obstaculice el libre tránsito vehicular de los ciudadanos, pues, aunado a que las calles de la Urbanización “La Estancia” no conducen a otra parte que no sea el interior de la Urbanización, por lo que su uso no contribuye a la circulación pública, el lugar donde se sitúa la reja está adecuadamente retirado de la Avenida Principal que la circunda o rodea, lo que impide considerar que se originen embotellamientos. Las razones previamente esgrimidas hacen considerar a este Órgano Jurisdiccional, en defecto de prueba que evidencie lo contrario, que la merma al derecho constitucional del libre tránsito vehicular argüido por la Administración en el acto N° 1.994 es inexistente en el presente caso y, por tanto, en lo que a dicha violación no se refiere, la existencia de la reja no tiene relación alguna. Así se declara.

Se debe advertir a propósito de lo anterior, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como fin esencial del Estado la construcción de una sociedad pacífica, en donde se materialicen los paradigmas sociales que lo largo de su normativa establece el Texto Fundamental.

Para cumplir con ese deseo, la Carta Magna ha colocado en cabeza del Estado, principalmente, la guarda, vigilancia y atención por sobre quienes hacen vida en el territorio venezolano, garantizándoles su integridad y bienes personales, todo ello en aras de construir la pretendida sociedad igualitaria y amante de la Paz que se propugna como fin del Estado. En virtud de esos cometidos, al Estado le corresponde desarrollar mecanismos de seguridad adecuados y satisfactorios que aseguren plenamente la vida, integridad y los bienes del pueblo y sus ciudadanos mediante un sistema de prevención y represión (Poder de Policía) apto y suficiente que haga frente a las dificultades que convergen en el plano social, siempre teniendo en cuenta para ello, por imperativo constitucional, el respeto de los derechos humanos.

Reconociendo el protagonismo del Estado, sin embargo, la Constitución Bolivariana también estableció expresamente, en su artículo 55, que los ciudadanos pueden intervenir en el mantenimiento de las condiciones de seguridad en el país, atribuyéndoles así, de conformidad con ley especial, la tarea de coadyuvar en las labores de seguridad ciudadana que el Estado debe dispensar.

En efecto, la disposición constitucional en cuestión señala lo siguiente:

“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial” (Relieve agregado).

Así pues, los ciudadanos también participan en la tarea de brindar y contribuir a la seguridad del País, y por ello deben, junto a la Instituciones del Estado, intervenir en la elaboración y ejecución de políticas y programas destinados a disminuir los índices delictivos que registre la sociedad, con el compromiso de asumir esta tarea con prestancia y responsabilidad, pero siempre en la línea de mantener y respetar los valores superiores y comunes que la Constitución ha fijado.

Bajo el orden de ideas antes planteado, para este Tribunal es posible permitir la instalación de dispositivos de seguridad en las vías urbanas residenciales, siempre que dicha instalación –presuponiéndose la existencia de un peligro- resulte razonable y proporcional, en el sentido que no alcance a estorbar desmedidamente el derecho al libre tránsito y no perturbe injustificadamente otros derechos fundamentales.

Por estas razones, este Tribunal es del criterio que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal no debe considerarse, per se, inconstitucional, habida cuenta de la necesidad que existe en conciliar o encontrar un plano de coexistencia entre la libertad de locomoción como derecho protegido y la seguridad ciudadana, como precepto fundamental y bien jurídico objeto de resguardo. Lo inconstitucional se delataría cuando el cerramiento instaurado o la manera de emplear las estructuras colocadas, sea lesivo desproporcionadamente de la libertad de tránsito y/o de otros derechos constitucionales que se establecen en el sistema, asunto éste que requiere examinar las circunstancias particulares de cada caso con la finalidad de constatar si realmente la medida de cerramiento resulta ilegítima al ser contrastada con otros enunciados de la Constitución. Aplicando las consideraciones antes expuestas al caso de autos, la Corte reitera que el cerramiento levantado por los vecinos de la Urbanización “La Estancia” no constituye una merma al menos en lo que al derecho constitucional de libertad de tránsito se refiere; en realidad, como antes se señaló, el derecho en cuestión no resulta afectado, o por lo menos no hay prueba de ello en el expediente, por lo que, en consecuencia, la Corte no encuentra justificación para ordenar la demolición de la reja si el motivo empleado en ese sentido es la violación del derecho al libre tránsito. Así se decide.

D. *Derecho a la seguridad ciudadana*

CSCA

21-6-2011

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda.

**La seguridad ciudadana, como ámbito jurídico protector de otros derechos fundamentales (integridad personal, libertad, vida), reviste de una importancia que no puede desconocerse, pero que, sin embargo, debe armonizarse o conciliar con otras instituciones fundamentales (el interés público, el derecho al deporte, recreación, entre otros), sin que ello signifique que el primer bien jurídico tutelado sucumba o quede relegado por la tutela del segundo.**

La seguridad ciudadana, si bien es un derecho fundamental protegido por el Estado como lo previene el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es también, y quizás de forma más intensa, un bien jurídico protegido, habida cuenta que su contenido alude a una serie o gama de acciones, mecanismos o medidas que deben existir a nivel institucional a los fines salvaguardar el desarrollo de la vida individual y general bajo un contexto de paz, sosiego y orden. Se relaciona con la elaboración y ejecución de políticas -no sólo técnicas- operacionales vinculadas, principalmente, al denominado “Poder de Policía” que detenta la Administración, a objeto de prevenir y reprimir hechos amenazantes en contra de la integridad o los bienes de las personas. Con fundamento en el derecho a la seguridad ciudadana, a los administrados se le deben garantizar -y en correlativo ellos exigir- medidas concretas y efectivas de protección por parte de las autoridades correspondientes, todo con la finalidad de precaver la materialización de hechos riesgosos contra su vida, integridad y propiedad personal, los cuales las autoridades bien pueden atemperar.

Cumpliendo la esencia de su contenido, la seguridad ciudadana persigue la formación y existencia de una convivencia social bajo estándares pacíficos, precavando y reprimiendo, si es necesario, cualquier circunstancia que signifique o cause peligro para los derechos y bienes esenciales de la vida ciudadana.

En ese esquema de cosas, la seguridad ciudadana posee una triple significación; por un lado, concibe un ideal de orden y armonía, que es deber del Estado procurar, como principal responsable del bien común; por otro, permite la consideración recíproca de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones individuales y colectivas; y, finalmente, implica un deber que ha de asumir el Estado mediante políticas concretas, continuas y efectivas. La seguridad ciudadana se refiere entonces al deber que le asiste a las autoridades públicas de asegurar o garantizar el respeto por parte de terceros de los bienes jurídicos esenciales concernientes a los ciudadanos. Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental.

No obstante, para que la seguridad ciudadana se consolide efectivamente, necesariamente es requerida la participación de los particulares y del pueblo organizado, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser positivamente salvaguardados ante situaciones de gravedad o amenaza, mediante la colaboración y coordinación continua con las instituciones del Estado. En efecto, dados los valores de la participación democrática y ciudadana que propugna nuestra Constitución (Artículos 2, 6), y en lo particular la seguridad ciudadana (Artículo 55, *ibidem*), a los individuos –como ya se precisó– se les reconoce la posibilidad de intervenir en la elaboración de mecanismos de seguridad concretos, satisfactorios, proporcionales y justificados, todo ello con la finalidad de contribuir en la disminución de los índices delictivos. Ahora bien, como precedentemente fue indicado, este Tribunal se pronuncia en el presente caso a favor del cerramiento instalado en el acceso residencial, pues esta medida per se no es inconstitucional, además que estaría contribuyendo con la seguridad de los habitantes de la zona. Así, considera esta Corte que en casos como el de autos, existe un bien jurídico que merece una protección en las circunstancias actuales de inseguridad ciudadana. Más sin embargo, aún cuando la colocación de la reja no es inconstitucional en sí misma considerada, sin embargo, lo que sí puede delatarse ilegítimo y contrario a la Constitución es el uso que con las mismas se pretenda, en detrimento de otros derechos y bienes socialmente fundamentales.

En ese sentido, no puede pasar por alto este Tribunal la restricción del paso que con ocasión a la existencia de las rejas implicadas en autos ilegítimamente se han arrogado por documento notariado los miembros de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia, siendo que, a juicio de esta Corte, la restricción acordada constituye una medida que merma derechos fundamentales previstos en la Constitución, además que usurpa funciones que corresponden al Municipio Sucre del Estado Miranda, como propietario de algunos terrenos que se encuentran dentro del área residencial.

### 3. *Derechos sociales*

#### A. *Derechos culturales: Identidad cultural*

**TSJ-SC (597)**

**26-4-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia

**La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la plataforma o garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores que conforman la sociedad venezolana, puedan en el marco estatutario aplicable, expresar sus determinadas posiciones políticas, concepciones sociales, creencias religiosas y en general el mantenimiento de su identidad cultural enmarcada en el ámbito nacional, o lo que es lo mismo, como parte integrante de la unidad indivisible o presupuesto básico para su existencia y reconocimiento, como lo es la República.**

Por otra parte, respecto al mencionado artículo 14 *eiusdem*, se denuncia que la promoción de la cultura zuliana si bien es legítima, cuando se menciona de manera exclusiva es inconstitucional pues, al ser el nuestro un Estado Federal, el Estado Zulia también debe promocionar los valores de la cultura nacional, conforme al preámbulo y a los artículos 1, 19, 99 y 100 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues de lo contrario se violan los principios de integridad nacional y de independencia consagrados en los artículos 1 y 4 *eiusdem*.

Una vez establecidos los presupuestos anteriores interpretativos, cabe destacarse que en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual el pueblo de Venezuela, decidió “*con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, (...); en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decretar el vigente texto fundamental*”.

Respecto, a los derechos culturales la Constitución acoge una extensa regulación, particularmente en sus artículos 98, 99, 100 y 101, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.*

*Artículo 99. Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes.*

*Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.*

*Artículo 101. El Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores, escritoras, compositoras, compositoras, cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país. Los medios televisivos deberán incorporar subtítulos y traducción a la lengua de señas, para las personas con problemas auditivos. La ley establecerá los términos y modalidades de estas obligaciones”.*

Igualmente, con relación a los denominados derechos culturales, esta Sala señaló en sentencia (Véase Sentencia de esta sala Nº 239, 14-2-02 en *Revista de Derecho Público* Nº 89-90/91-92, 2002, pp.148-149)

Ampliando las anteriores consideraciones, se dejó establecido:

*“(…) el derecho de toda persona o grupo de ellas a la protección por el Estado del patrimonio cultural, tangible o intangible, y la memoria histórica de la Nación que consagra en forma expresa la citada disposición de la Norma Constitucional, pertenece a la categoría de los llamados derechos-prestación en que se incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por la Constitución en los Capítulos V al XI de su Título III (con exclusión del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 115, que se concibe tradicionalmente como un derecho-límite para la actuación del Estado) y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la República de Venezuela el 10-05-78, entre otros Tratados Internacionales de protección igualmente ratificados, por ello, el efectivo goce y disfrute del derecho cuya vulneración se denuncia supone, como ocurre en el caso del derecho constitucional a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales (artículo 82) o del derecho a la salud, como parte del derecho a la vida (artículo 83) o del derecho a la educación (artículo 102), el cumplimiento por parte del Estado, en cualquiera de sus niveles político-territoriales, de un conjunto de obligaciones positivas y negativas, donde las primeras revisten en más casos una importancia simbólica mayor para identificarlos.*

*En efecto, la garantía que el artículo 99 constitucional establece para la efectiva de protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tanto tangible como intangible, y la memoria histórica de la Nación, fundamentalmente a través de la Administración Cultural Pública, a la que incluso reconoce autonomía en los términos que establezca la ley respectiva, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados (se insiste, en cualquiera de sus niveles político-territoriales) para realizar tal cometido, de obligaciones de respetar, definidas como el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; de proteger, entendidas como el deber de impedir que terceros injerian, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; de garantizar, que suponen el deber de asegurar que el titular del derecho (en este caso, la colectividad) acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y de promover; caracterizadas por el deber de desarrollar dentro de sus competencias, las condiciones para que los titulares del derecho accedan libremente al bien tutelado (Cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “La estructura de los derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 28 y 29), sin que ello obvie la realidad de que en no pocos casos, el efectivo ejercicio por parte de las personas de derechos de naturaleza esencialmente civil o política (libertad personal, libertad de expresión, debido proceso, participación política, etc.), supone para el Estado el cumplimiento de varias de las obligaciones antes indicadas, más allá del simple deber de respetar el contenido del derecho civil o político en particular.*

*Así las cosas, el análisis en sede judicial de la vulneración o respeto del derecho enunciado en el artículo 99 de la Constitución, que constituye a su vez una concreción (mediante la forma de obligación-garantía) del derecho más general a la cultura, que se consagra en el artículo 98 del mismo Texto Constitucional, en virtud de las específicas y variadas obligaciones de hacer que suponen para los órganos competentes del Estado en cualquiera de*

***sus niveles político-territoriales, exige el análisis por parte, en este caso, del Juez constitucional de las normas dictadas por el legislador (en este caso, nacional o municipal, conforme a los artículos 156.32 y 178.5) o incluso por la Administración en ejecución de aquellas, que definen las atribuciones de los entes u órganos públicos encargados de brindar la protección a que alude la Constitución en la norma examinada, que establecen las actividades y los procedimientos administrativos que aquellos deben cumplir para lograr dicho cometido y, en definitiva, que regulan las relaciones entre dichos órganos o entes y los particulares, en procura del goce y disfrute del derecho (cuyo núcleo esencial lo constituye el valor histórico, artístico, arqueológico, etc.) al patrimonio cultural, pues sólo mediante tal examen es posible constatar su vulneración o no (...)*** (Destacado de la Sala).

En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asume una concepción dinámica de la cultura entendida como “(...) *aquel todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de un sociedad (...)*” -Cfr. WITHE, Leslie A. *La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización*, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 97- que tiene como premisa fundamental, la imposibilidad de asumir en nuestro país y en el mundo posiciones que califiquen “*culturas*” mejores que otras, sino la simple existencia de “*culturas*” diferentes, lo cual rompe con cualquier concepción que justifique la dominación, la explotación y la intolerancia entre los pueblos y los individuos.

Bajo ese marco general, cuando el ordenamiento jurídico delimita o individualiza el Patrimonio Cultural sometido a un régimen estatutario de derecho público, esas manifestaciones culturales de naturaleza tangible o intangible pasan a ser tuteladas por el contenido de la garantía consagrada en el artículo 99 de la Constitución, tal como ocurre en el supuesto regulado por el artículo 6 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

Por lo tanto, al reconocerse que las muestras tangibles e intangibles de ese devenir histórico, son las que permitieron generar una identidad cultural propia, que nos une como Estado y que logra cohesionar las diversas culturas en un tiempo y espacio determinado, así como su diferenciación y distinción frente a otras, la conservación, protección, defensa y divulgación de contenido del patrimonio cultural, deviene en un deber del Estado y la sociedad en general, en la medida que el mismo fortalece su identidad cultural y condiciona su desarrollo en el futuro.

Ese fortalecimiento de la identidad cultural, no se fundamenta en datos meramente jurídico formales sino en un sustrato pragmático, según el cual desde el punto de vista antropológico, la especie humana trasciende su dimensión biológica o genética, ya que la sociedad es determinada por la tradición cultural, “*que en una sociedad humana encontremos un gremio de artesanos, un clan, matrimonios polígamos o una orden de caballeros, es algo que depende de la cultura de tal sociedad (...)* los sistemas socio-políticos-económicos -en suma las culturas- dentro de los cuales la especie humana vive y respira y se propaga tienen mucha relación con el futuro del hombre”, en la medida que los inventos o descubrimientos de la sociedad son en definitiva una síntesis de elementos culturales históricos (ya existentes) o la asimilación de un elemento nuevo en un sistema cultural -Cfr. WITHE, Leslie A. *La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización*, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 373-.

La preservación y tutela del patrimonio cultural, se encuentra esencialmente vinculada al desarrollo de la sociedad o como afirma JULIÁN MARÍAS “*las sociedades pretéritas de donde viene la actual son en principio al menos la misma sociedad; ésta está hecha de pasado, es esencialmente antigua; su realidad toda procede de los que ha acontecido antes; lo que hoy encontramos en ella está ahí porque anteriormente pasaron otras cosas; las raíces*

*de los usos, costumbres creencias, opiniones, estimaciones, formas de convivencias se hayan en el pretérito. De otro lado, todo eso son módulos pautas, normas posibilidades, presiones que condicionen la vida en la sociedad presente; pero como la vida es futurición, determinan lo que va a ser ésta mañana, esto es la sociedad futura” -Cfr. JULIÁN MARÍAS, La Estructura Social Teoría y Método, Mece, 1958, p.15-.*

Sobre este aspecto, la Sala comparte el criterio de la doctrina según el cual “en las sociedades más evolucionadas de nuestro tiempo existe la convicción de que el hombre como ser social e histórico no puede realizarse plenamente sino en el marco de un entorno que lo religue con el legado más valioso de su pasado cultural (...). Se trata en suma, de que el hombre pueda desenvolver sus vivencias en un medio que le permita identificar sus señas de identidad que quedarían desdibujadas caso de que se hiciera tabla rasa con los testimonios históricos y artísticos que conforman los aspectos más destacados de sus propias raíces comunitarias” -Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1999, p. 496-.

Ahora bien, ante la lectura de las disposiciones constitucionales relativas a la tutela de los derechos culturales y de la jurisprudencia de esta Sala, no podría plantearse si la “*promoción de la cultura zuliana*” es una actividad contraria al Texto Fundamental, en la medida que “*el constituyente reconoció y tuteló de forma especial las manifestaciones culturales que nutren la historia de la República en general y de las comunidades en particular, como evidencia del quehacer de los pueblos que a través del tiempo han afrontado los más diversos retos para su existencia y permanencia*” - Debe destacarse en ese sentido, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la plataforma o garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores que conforman la sociedad venezolana, puedan en el marco estatutario aplicable, expresar sus determinadas posiciones políticas, concepciones sociales, creencias religiosas y en general el mantenimiento de su identidad cultural enmarcada en el ámbito nacional, o lo que es lo mismo, como parte integrante de la unidad indivisible o presupuesto básico para su existencia y reconocimiento, como lo es la República, en los términos expuestos *supra*.

Por lo tanto, cuando el artículo 14 de la Constitución del Estado Zulia establece la promoción de la historia y otras manifestaciones de lo que ha denominado su identidad cultural, ello debe ser interpretado desde el punto de vista técnico jurídico, como el resultado necesario del ámbito de aplicación de dicho texto normativo, el cual por mandato constitucional y reconocimiento jurisprudencial -*Vid.* Sentencia de esta Sala debe garantizar el resguardo del patrimonio cultural en su territorio.

Así, la suma de las particularidades que culturalmente se encuentran a lo largo del territorio nacional, no sólo permiten identificar determinadas manifestaciones como propias de un particular lugar o vincularlas con determinado grupo social -*vgr.* Expresiones musicales o arquitectónicas, como la gaita o el chabono; o los denominados liquiliquei o las batas guajiras, entre otros-, sino que además son íconos que individual o conjuntamente considerados conforman la identidad nacional. Cuando la Constitución del Estado Zulia en sus artículos 1, 2, 3 y 4, somete la organización y funcionamiento de sus Poderes Públicos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la legislación nacional que la desarrolle, asume desde un punto de vista interpretativo el reconocimiento y sometimiento del resto de las normas que componen el articulado de la Constitución del Estado Zulia al Texto Fundamental.

Igualmente, el contenido de los artículos 2 y 14 de la Constitución del Estado Zulia se constituyen en normas inocuas, en tanto la realización de los fines sociales o políticos en ella

contenidos, se compaginan al menos nominalmente con el modelo legal y constitucionalmente establecido en la materia, que tiene como centro producir un impacto en la sociedad, mediante la orientación de las conductas de sus destinatarios en relación al sometimiento de la Constitución Estatal al ordenamiento jurídico constitucional y legal de carácter nacional, como a la conservación del denominado patrimonio cultural.

Al respecto, tal como señala Luis PRIETO SANCHÍS una “*forma de enfocar el problema de la eficacia de las normas [que] presenta una notable importancia -no ya política en sentido lato, sino jurídica- desde el momento en que el modelo constitucional de Estado de Derecho propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores. Que estas últimas resulten eficaces para alcanzar los objetivos prescritos es así un criterio fundamental para juzgar el grado de cumplimiento de la Constitución. Por eso, cabe denominarla «eficacia como resultado», esto es, se trata de determinar si el resultado de la vigencia de la norma es el previsto o deseado en el marco de un ordenamiento; se trata, por ejemplo, de determinar si las normas que regulan la política de vivienda son eficaces para dar cumplimiento al derecho que la Constitución proclama a una vivienda digna y adecuada (art. 47). Finalmente, el que he llamado sentido sociológico se refiere al grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios, lo que también puede denominarse «efectividad» de la norma (Capella). Las normas, cualquiera que sea su objetivo último y la medida en que lo alcancen, tienen un cierto contenido prescriptivo, un deber ser que socialmente o en la práctica puede ser realizado y cumplido en mayor o menor medida. Se trata, pues, de la eficacia entendida como cumplimiento, y generalmente cuando en teoría del Derecho se habla de la eficacia de las normas se alude precisamente a esta acepción, al grado de cumplimiento o respeto por parte de quienes vienen obligados a realizar la conducta prescrita” -Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid 2005, p. 85-86-.*

La anterior distinción resulta relevante, en tanto que el desconocimiento de esos fines de la norma que encuentren sustrato constitucional pueden ser objeto de control ya que “*en el marco del llamado Estado Social, que es un Estado provisto de fines acerca de cómo deben configurarse las relaciones económicas, el acceso a ciertos bienes como la sanidad, la educación, etc., y que por tanto genera una gran cantidad de normas instrumentales: ayudas y subvenciones, organización de servicios, intervención en el mercado, etcétera”* (Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS. *Ob. Cit.*, p. 87), que deben ser idóneas para el cumplimiento de tales objetivos (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08).

Vinculado con lo anterior, es el cambio de la *ratio legis* como consecuencia de la transformación de las relaciones sociales, como es el caso del análisis de una ley que se ve afectada por el “*sobrevenir de leyes especiales que inciden sobre todo el sistema que inciden sobre todo el sistema: ciertamente el ordenamiento jurídico es un organismo en perenne movimiento y en continua transformación que sigue refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida político y social; por ello, sólo una reconstrucción histórica permite valorar la transformación que ha sufrido una institución y a la vez reconocer el significado de las nuevas instituciones y las repercusiones que han podido ocasionar en otras partes del ordenamiento, que permanece inmutable sólo en apariencia en cuanto a la letra. Sólo bajo este punto de vista es exacto el aserto de que únicamente la letra de la ley (no ya la mens originaria) permanece aferrada a potencia normativa de la legislación, porque ella sola queda inalterada, aunque se integre y se llene de un espíritu diverso conforme al espíritu del tiempo y de la sociedad que la norma es destinadas a hacerse vale, no ya, bien se entiende, según la apreciación del intérprete (...). Esto explica una serie de fenómenos, de los cuales tiene conocimiento la fenomenología del Derecho. Ante todo: (...) la necesidad de una adaptación*

*o de una inobservancia por incompatibilidad viene advertida por el cambio de un régimen político a otro antitético de interpretación que también (...) se podría llamar la reserva del orden público intemporal*”, siempre en el marco de los principios contenidos en la Constitución -Cfr. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 115-118-.

De ello resulta pues, que en el presente caso no se verifique el vicio de inconstitucionalidad denunciado; sin perjuicio que la tutela del patrimonio cultural que se encuentra en esa entidad político territorial al ser parte integral de la República, le sea aplicable un régimen estatutario propio, por lo que cualquier acto que desconozca la unidad inmanente entre los bienes y manifestaciones tuteladas por el artículo 14 de la Constitución del Estado Zulia y la perspectiva nacional del patrimonio cultural, puede ser objeto de control jurisdiccional a los fines de declarar su nulidad y reestablecer la situación jurídica vulnerada.

En consecuencia, visto que el contenido de los artículos 2 y 14 no contrarían el ordenamiento constitucional vigente en los términos antes expuestos, se desestiman las denuncias formuladas y, así se declara. (...)

B. *Derecho al deporte*

CSCA

21-6-2011

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda.

Las condiciones que impone la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia para la entrada de la Urbanización y el goce de las instalaciones públicas, son lesivas -tal como lo señaló la Administración- y restrictivas en forma ilegítima de los derechos consagrados en el artículo 111 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente al derecho de recreación y al deporte. Pero adicionalmente, limitan por igual el acceso del colectivo a territorios del dominio y uso público, que son del aprovechamiento general, sin distinción alguna. En ese sentido, y refiriéndose esta Corte al acceso a los bienes que son del disfrute general, es importante señalar que quienes habitan en una determinada colectividad merecen contar, como presupuesto para una calidad de vida integral, con la posibilidad de disfrutar de espacios, lugares y actividades de encuentro, interacción y recreación social que permitan la formación de un colectivo armónico y mancomunado, en donde cada individuo sea tratado como miembro de una comunidad e interactúe con otros para la consagración de sus intereses y necesidades.

Ciertamente, los espacios o bienes del goce público se refieren a porciones del ámbito territorial del Estado que son destinadas al uso general por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten, por lo cual no pueden ser apropiados por los particulares. Esto resulta desconocido si una determinada vía vecinal es utilizada para restringir el paso a bienes o espacios que son o pertenecen al uso y disfrute público.

Adicionalmente, y en lo que se refiere al derecho a la recreación y al deporte, ambos son concebidos como una forma de relacionar las diferentes actividades humanas a fin de estimular el desarrollo de la persona y de su condición humana (Cfr. Enciso Martínez, Hernando. Rico Álvarez, Carlos Alberto, *Fundamentos de la Recreación*, Ediciones Cerlibre. Bogotá, Colombia, Año 1988, p. 24.); por tanto, se tratan de actividades propias del ser humano que

se configuran imprescindibles para su crecimiento y desarrollo integral, tanto a escala individual como social, pues permiten al sujeto integrarse al entorno colectivo que lo rodea, además que estimula -en especial el deporte- la disciplina, la constancia, la solidaridad y el sacrificio, sin dejar de resaltar que incentiva y desarrolla la seguridad espiritual, además que mantiene al sujeto apartado de los riesgos que apareja la ociosidad. La práctica recreativa y deportiva cumplen entonces un papel estelar en la adaptación de la persona al medio en el que reside, a la vez que actúa como elemento para su proceso de crecimiento armónico, impulsando las bases de la comunicación y las relaciones interpersonales.

(*omissis*)

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 255 del 15 de marzo de 2005, señaló en torno al contenido del artículo 111 constitucional y sobre el derecho al deporte, lo siguiente: “Como se evidencia, el Constituyente de 1999 reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental autónoma, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas (...) De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad ‘Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva’; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que ‘El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción’ (...) para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social. (...*Omissis*...)”

El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado (...) tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción).

(...*Omissis*...)

De esa manera, debe reconocerse y la Sala así lo hace, que en el presente caso concreto, se encuentran en juego derechos fundamentales, que de verse afectados, se daría un golpe certero a la propia esencia de nuestro estamento constitucional, que en materia deportiva, como así se dijo, establece la íntima ‘...vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores...’ (Destacado de la Sala) (Negritas con subrayado de la Corte). En ese orden de ideas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dejó establecido, en la sentencia N° 2009-59 del 28 de enero de 2009, que: “...el deporte se ha convertido en un fenómeno social y universal y es actualmente para la sociedad ‘(...) un instrumento de equilibrio, relación e integración del hombre para con el mundo que lo rodea. El deporte forma o debe formar parte de la actividad del hombre desde la escuela hasta la tercera edad y es un elemento educativo tanto para los deportistas de élite como para los que se sirven de él simplemente como instrumento de equilibrio psicofísico de la persona (...)’ (Vid. AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, ‘Intervención Pública en el Deporte’, Editorial Civitas, Madrid, España, 1998, pp. 28). Asimismo, debe señalarse que es considerado como un derecho social cuyo ejercicio constituye una actividad esencial para la formación integral de la persona humana.

En ese sentido, el fomento, desarrollo y práctica del deporte, así como la construcción, dotación y mantenimiento y protección de la infraestructura a nivel nacional deviene en materia de utilidad pública para la Nación, debiendo fundamentarse la práctica deportiva en los principios de democracia, autonomía, participación, autogestión, descentralización, desconcentración y solidaridad (...).

En tal sentido, al erigirse el Derecho al Deporte en la manifestación relativa a la construcción, dotación, mantenimiento y protección de la infraestructura como materia de utilidad pública, recae fundamentalmente en el Estado en cualesquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio público o de la construcción de una determinada obra que coadyuve a la consecución de ese fin público...” (Destacado añadido).

En consecuencia, la práctica recreacional y deportiva, concebida como derecho constitucional fundamental, implica entonces un tema de interés público y social, cuyo ejercicio ha de permitirse y efectuarse conforme a las normas preestablecidas, las cuales, orientadas a promover valores morales, cívicos y sociales, se constituyen en fuentes nucleares y necesarias a los fines de construir un Estado igualitario (Artículo 3 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), con “una sociedad justa y amante de la paz”, forjador “de la prosperidad y bienestar del Pueblo” (Artículo 3 *eiusdem*), que otorga a la recreación y al deporte o desarrollo físico el “papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia” (Artículo 111), para que toda persona pueda desarrollar plenamente sus derechos humanos (artículo 19).

4. *Derechos Políticos: Participación política de los pueblos indígenas*

**TSJ-SC (597)**

**26-4-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia

**La Sala analiza la normativa existente respecto a la participación política de los pueblos y comunidades indígenas.**

El artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia establece, lo siguiente:

*“Artículo 78.- Son atribuciones del Gobernador del Estado:*

*...Omissis...*

*24. Presentar al Consejo Legislativo, a más tardar en la primera quincena de noviembre de cada año, el Proyecto de Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos del Estado para el siguiente ejercicio anual”.*

Al respecto, se aseveró que de la lectura del artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia, la norma impugnada “ninguna alusión hace (...) sobre el cumplimiento estructural que debe tener el presupuesto de ese Estado, tal como lo disponen los artículos 167.4, 175 y 179 de la Constitución”.

Que “*en igual sentido, la infracción omisiva se produce al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 125 y 169 de la Constitución de la República (...)*”. Además, se señaló que “*la infracción omisiva se produce al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 125 y 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto teniendo el Estado Zulia poblaciones indígenas debió prever las disposiciones contenidas en esos artículos*”.

Asimismo, que “*señala el constituyente nacional, que en cada ejercicio fiscal, los estados destinarán a los Municipios una participación no menor del 20%, pero resulta que la Constitución del Estado Zulia nada establece, cómo debe distribuirse la partida señalada, con cuya omisión se violan esos dispositivos de la Carta Magna, pues la Constitución Estatal debe establecer en su texto esos principios; y sin embargo no lo hizo*”.

Ciertamente, de la lectura de los artículos 125, 167.4 y 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprende claramente que los Estados deberán dictar leyes en desarrollo del Texto Fundamental, sin embargo ello no comporta en sí mismo, que la omisión de la Constitución del Estado Zulia en desarrollar o incorporar expresamente las disposiciones normativas nacionales, genere una violación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que afecte de nulidad la norma impugnada.

Bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisdicción constitucional abarca no sólo las violaciones producto de la actuación del legislador, sino también aquéllas que surgen de la inactividad de éste. De esta manera, la Sala ha afirmado, que el control de la constitucionalidad por omisión no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que comprende no sólo las pasividades del Poder Legislativo Nacional, Estadal y Municipal, sino también las de cualquier otro órgano del Poder Público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 91/05-.

Sin embargo, no puede pretender la parte accionante que los preceptos constitucionales resultan, total o parcialmente, ineficaces por falta de desarrollo, ya que a su juicio no existe una regulación particular en la Constitución del Estado Zulia, más aún cuando existen normas de rango legal de carácter nacional que las desarrollan suficientemente, o existe un impedimento constitucional para que los Consejos Legislativos puedan desarrollar sobre tales materias su competencia normativa.

En tal sentido, la aplicación del contenido del artículo 125 de la Constitución que establece que “*los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley*”, se encuentra regulada en la Disposición Transitoria Séptima del Texto Constitucional, en los siguientes términos:

*“Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:*

*Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.*

*Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:*

*Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.*

*Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.*

*Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.*

*Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.*

*Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.*

*Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o electa a la candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.*

*Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado podrán votarlos o votarlas.*

*Para los efectos de la representación indígena en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.*

*El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos o expertas indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados”.*

Además, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005), establece que en los estados, municipios y parroquias con población indígena, se elegirán representantes indígenas para los consejos legislativos, concejos municipales y juntas parroquiales de dichas entidades, conforme al procedimiento establecido en la ley electoral en materia indígena; señalando que a los efectos de determinar los estados, municipios y parroquias con población indígena tomarán en cuenta los datos del último censo oficial, las fuentes etno-históricas y demás datos estadísticos y otras fuentes de información.

Igualmente, el contenido del artículo 169 de la Constitución, fue desarrollado por parcialmente por la mencionada Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que desarrolla y consolida los derechos políticos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, así como el principio de democracia participativa, al tener por objetivos promover los principios de una sociedad democrática, participativa, protagónica, multiétnica, pluricultural y multilingüe, en un Estado de justicia, federal y descentralizado; desarrollar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las leyes, convenios, pactos y tratados válidamente suscritos y ratificados por la República; proteger las formas de vida y el desarrollo sustentable de los pueblos y comunidades indígenas, con fundamento en sus culturas e idiomas; establecer los mecanismos de relación entre los pueblos y comunidades indígenas con los órganos del Poder Público y con otros sectores de la colectividad nacional y garantizar el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos, comunidades indígenas y de sus miembros; así como por la sancionada Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado Zulia. *Vid.* Página web consultada el 28/10/08, en [http://clezulia.gov.ve/index.php?option=com\\_content&task=view&id=305&Itemid=2-](http://clezulia.gov.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Itemid=2-), por lo que no se verifica omisión constitucionalmente tutelable. Así se declara.

Mención aparte merecen los artículos 175 y 179 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo contenido expresamente establecen lo siguiente:

*“Artículo 175. La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.*

*...Omissis...*

*Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:*

*1.- Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.*

2.- *Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.*

3.- *El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.*

4.- *Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales;*

5.- *El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas;*

6.- *Los demás que determine la ley”.*

De una simple lectura de los artículos parcialmente transcritos, esta Sala no advierte de forma alguna cómo el contenido de la Constitución del Estado Zulia resulta inconstitucional en los términos denunciados y, por el contrario considera que el ejercicio por parte de los Consejos Legislativos en tales materias supondría en la mayoría de los casos (salvo supuestos como el contenido en una usurpación de funciones del mencionado órgano legislativo estatal en las competencias del Poder Público Municipal) se constituyan en una legislación estatal (leyes de presupuesto) que en ejecución de la legislación nacional viabilicen -vgr. Ley Orgánica de la Administración Financiera el Sector Público- las normas constitucionales en tales materias -artículo 179, numerales 3 y 4 de la Constitución, por lo que se desestiman las denuncias formuladas y se declara la constitucionalidad del artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia. Así se declara.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. *El Poder Nacional*

#### A. *Competencia en materia de régimen de los Estados de Excepción, y régimen para la administración y gestión de riesgos (Competencia del Poder Nacional)*

**TSJ-SC (780)**

**24-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy.

**El régimen de los estados de excepción es de la competencia del Poder Nacional, no pudiendo los Estados regularlos en sus Constituciones. En ese marco, no es posible que una autoridad distinta al Presidente de la República en Consejo de Ministros, pueda asumir competencias relativas a la declaratoria y gestión de los estados de excepción. Ello no excluye la competencia de la Asamblea Nacional para establecer un régimen estatutario de derecho público para la administración de riesgos y emergencias.**

Los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy, publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Yaracuy N° 0039 del 18 de agosto de 2003, establecen lo siguiente:

*“Artículo 156.- El Gobernador del Estado tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

*(...)*

*24. Decretar el estado de emergencia y tomar las medidas necesarias para atenderlo.*

*...omissis...*

*Artículo 222.- El Gobernador conjuntamente con el Secretario General de Gobierno, podrá decretar el estado de emergencia o de alarma, cuando se produzcan catástrofes o acontecimientos que amenacen o pongan en peligro el o los servicios públicos, la seguridad de la ciudadanía o un sector del territorio del Estado o de sus habitantes.*

*También podrá decretar la emergencia por la inminencia de acontecimientos o fenómenos naturales catastróficos, anunciados o pronosticados por organismos especializados oficiales.*

*Se podrá decretar estado de emergencia presupuestaria o económica cuando el Poder Nacional no remita o entere en el Estado Yaracuy los recursos presupuestarios que le corresponden.*

*También serán causales de emergencia administrativa y presupuestaria, situaciones especiales que afecten al sector salud, para la adquisición de medicamentos o materiales o equipos quirúrgicos necesarios para garantizar el derecho a la vida de los ciudadanos.*

*Por último, podrá decretarse el Estado de emergencia o alarma cuando sea necesario satisfacer los servicios de seguridad ciudadana, vialidad, transporte y educación”.*

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran. En tal sentido, la Constitución regula los estados de excepción en los artículos 337 al 339, en los siguientes términos:

*[omissis]*

Asimismo, debe esta Sala examinar las normas constitucionales invocadas por el accionante y confrontarlas con las disposiciones transcritas que regulan la materia sometida al presente estudio, para lo cual observa lo siguiente:

El numeral 1 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que “Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1.- Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con esta Constitución”, y el artículo 162.1 *eiusdem*, atribuye competencia a los Consejos Legislativos para “Legislar sobre las materias de la competencia estatal”.

Por su parte, el artículo 338 *eiusdem*, establece que “**ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos**”, aunado a que el mismo Texto Fundamental, delimita las competencias del Poder Nacional en la materia, en los siguientes términos:

***“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...)***

***9.- El régimen de la administración de riesgos y emergencias. (...)***

32.- *La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional. (...)*

33.- *Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza.*

*...omissis...*

*Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:*

*1.- Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.*

*...omissis...*

*Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...)*

*7.- Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución” (Destacado de la Sala).*

Sobre la base de las normas constitucionales parcialmente transcritas, esta Sala debe comenzar por advertir en términos generales que la Constitución de 1999, se inscribe desde una perspectiva jurídico constitucional de derecho comparado, en aquellos países en los cuales la respuesta normativa a situaciones extraordinarias, anormales o de crisis, que materialmente impiden la aplicación del ordenamiento jurídico diseñado para circunstancias de normalidad social, económica o política; se afronta mediante una regulación expresa o un régimen estatutario de derecho público para los estados de excepción (y no desde la previsión normativa general -como fue el caso del artículo 48 de la Constitución de Weimar o el artículo 16 de la Constitución francesa de la V República- o del vacío normativo -bajo la dogmática inglesa o norteamericana, con la aprobación con posterioridad de leyes de exoneración de responsabilidad o *indemnity bills*-), o en otro contexto, en circunstancias que habilitan la regulación dictada por parte del Presidente de la República, mediante el ejercicio de la competencia contenida en el artículo 236.8 de la Constitución -*vgr.* Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda-.

Asimismo, cabe destacar que el ordenamiento jurídico de excepción en los términos antes expuestos, comporta que el mismo sea coherente con el sistema jurídico institucional garantizado en el Texto Fundamental, en tanto la aplicación de ese régimen estatutario de derecho público, es posible por las circunstancias que impiden la aplicación del régimen jurídico ordinario y, se justifica necesariamente en la medida que el mismo es un medio para regresar a la normalidad normativa.

Por otra parte, **no es posible afirmar que frente a circunstancias excepcionales surja un sistema normativo fuera o al margen de los principios del ordenamiento jurídico vigente, ya que lo que se genera es la posibilidad de aplicar un conjunto de normas de carácter excepcional inscritas en el sistema, teniendo por lo tanto su sustento y punto de referencia en el mismo**, por ello la Constitución prevé que la declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (Artículo 339), ni

limita el ejercicio de la acción de amparo a la libertad o seguridad por la declaración del estado de excepción (Artículo 27), además prohibir a toda autoridad pública practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas una vez declarado el estado de emergencia, excepción o restricción de garantías (Artículo 45) -Cfr. Artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción-.

Corolario de tales asertos, es el mantenimiento de los principios generales vinculados con la responsabilidad de la Administración, aun cuando se esté bajo un régimen de excepción para afrontar crisis sociales, económicas o políticas, ya que el ejercicio del Poder Público no sólo acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución o la ley -conforme al artículo 139 de la Constitución-, sino genera la obligación de reparar los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (Artículo 259 *eiusdem*) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.542/08-.

**Por lo tanto, cabe sostener que si bien por sus características propias las normas que regulan las crisis, materialmente no pueden prever todos los supuestos o medios para resolución de las mismas, ello sólo comporta que las medidas que han de implementarse por los órganos competentes, deben necesariamente responder al marco normativo aplicable, con lo cual si bien se reconoce la discrecionalidad de la Administración, en forma alguna se justifica una actuación arbitraria, que desconozca los principios fundamentales que informan nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en los precisos términos del artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Partiendo de esa perspectiva general, producto del examen de las normas constitucionales antes citadas, se advierte que la competencia para legislar y regular “*los estados de excepción y las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos*”, corresponde a la Asamblea Nacional, así como “*el régimen de la administración de riesgos y emergencias*”, al Poder Público Nacional, por lo que la competencia atribuida a los Estados para la organización de los Poderes Públicos y el ejercicio de sus competencias, debe ser ejercida de acuerdo a lo previsto en la Constitución y el marco legislativo nacional que lo desarrolla.

Conforme a la Constitución y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, los estados de excepción “*son circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. Los estados de excepción solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos*” (Cfr. Artículo 2 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción) y, su declaración, corresponde exclusivamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros (Cfr. Artículo 15 *eiusdem*, en concordancia con los artículos 337 al 339 de la Constitución), lo cual posibilita en términos generales, que el Presidente de la República dicte de forma proporcional -en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación- todas las medidas de orden social, económico, político o ecológico que estime convenientes para afrontar la situación de crisis.

Así, entre otras medidas el Presidente de la República puede limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción, hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, e incluso “*delegar su ejecución, total o*

*parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida” que el Ejecutivo Nacional designe -Cfr. Artículos 17, 19 y 20 eiusdem-.*

De ello resulta pues, que en ejecución de los preceptos normativos contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, no es posible que una autoridad distinta al Presidente de la República en Consejo de Ministros, pueda asumir competencias relativas a la declaratoria y gestión de los estados de excepción, en sus diferentes formas, como lo son el estado de alarma, estado de emergencia económica, estado de conmoción interior y estado de conmoción exterior.

Sin embargo, no escapa al examen de esta Sala que existan supuestos en los cuales también se verifican circunstancias excepcionales, que generan la necesidad de establecer un régimen jurídico especial que permita a los entes y órganos de la Administración Pública atender de forma efectiva la satisfacción del interés general, ya que es un hecho incontrovertible, que la Administración confronta una serie de incalculables situaciones que imposibilitan el correcto desenvolvimiento de su actividad, tales como desastres o acontecimientos que alteren la estructura social y económica de la comunidad o su funcionamiento cotidiano, produciendo daños materiales o pérdidas de vidas humanas, entre otras causas; en los cuales no se justifica la aplicación del régimen estatutario de derecho público regulado en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, pero que requieren de medidas extraordinarias efectivas para regresar a la normalidad y garantizar el desarrollo de la actividad de la Administración.

Uno de los supuestos más significativos de normas estatutarias, que coexisten con la regulación contenida en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, para la gestión de circunstancias especiales, es la prevista como parte de las competencias del Poder Público Nacional, referida al “*régimen de la administración de riesgos y emergencias*” -Cfr. Artículo 156.9 de la Carta Magna- con base a la cual la Asamblea Nacional dictó leyes, como la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, que permite que “*el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde en sus respectivas jurisdicciones declararán la existencia de un estado de alarma o de emergencia, y en el mismo acto la clasificarán según su magnitud y efectos, y determinarán las normas pertinentes, propias del régimen especial para situaciones de desastre*” -Cfr. Artículo 34 eiusdem-.

En tales casos, no cabría cuestionarse si conforme a las consideraciones antes expuestas, el contenido de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil es contrario a las competencias exclusivas que la Constitución confiere en sus artículos 337 al 339, respecto a los estados de excepción y sus distintas manifestaciones, toda vez que al constituirse tanto el régimen de los estados de excepción como el de administración de riesgos y emergencias -así como la legislación general en las materias mencionadas en el artículo 156.32 de la Constitución-, como competencias propias del Poder Público Nacional, comporta que la Asamblea Nacional ostente un amplio margen para la regulación de la actividad de los órganos y entes del Poder Público para afrontar situaciones de emergencias o crisis de cualquier naturaleza.

Así, el ordenamiento jurídico vigente admite sobre un mismo hecho -vgr. Desastres naturales o situaciones de crisis- **puedan generarse y coexistir diversos estadios normativos, que permitan o garanticen que el derecho estatutario responda proporcionalmente a las necesidades materiales que justifican su aplicación** -no se correspondería ante el desborde de una quebrada, una declaratoria de estado de alarma, por parte del Presidente de la República o la simple implementación de Plan Nacional para la Protección Civil y Administración de Desastres, frente a eventos catastróficos como terremotos o inundaciones que

generen alteraciones significativas del orden público-, **pero cuya validez estará condicionada a la efectiva coherencia que mantenga con el resto del ordenamiento jurídico, bien sea porque no invada competencias definidas en el Texto Constitucional o se constituya en un acto arbitrario**, ya que al afirmarse que “*el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 2/09).

Una interpretación en contrario, llevaría a sostener que la aplicación de medidas extraordinarias como consecuencia de “*circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico*” deban ser necesariamente abordadas mediante la legislación de los estados de excepción, desconociendo que existen un considerable número de supuestos, en los cuales ante tales hechos, se requiere igualmente la aplicación de una legislación especial general - Ley de la Organización Nacional de Protección Civil- o particular -Ley de Contrataciones Públicas o la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público-, que supone la declaratoria de emergencia en los precisos términos que establecen los correspondientes instrumentos legislativos.

Ahora bien, en el caso de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil si bien se regulan los estados de alarma y emergencia -numerales 3 y 4 del artículo 4-, su contenido, alcance y consecuencias jurídicas, no se corresponden con la regulación vinculada a los estados de alarma o emergencia económica contenida en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y la Constitución.

Así, en el caso de la declaratoria del estado de alarma o emergencia conforme a la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, será “*activado el Plan Nacional de Emergencias, el Órgano de Protección Civil y Administración de Desastres procederá a elaborar un Plan de acción Específico para el retorno a la normalidad. Cuando se trate de situaciones estatales o municipales, el plan de acción específico será elaborado y coordinado en su ejecución por la Coordinación Estatal o Municipal respectiva, de acuerdo con las orientaciones establecidas por la Coordinación Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres (...). En la declaratoria de estado de alarma o de emergencia se señalará, según su naturaleza, las entidades y organismos que están obligados a participar en la ejecución del Plan de Acción Específico, las labores que deberán desarrollar y la forma como se someterán a la dirección, coordinación y control por parte de la entidad o funcionario competente. Igualmente, se determinará la forma y modalidades de participación de las entidades y personas privadas y los mecanismos para que se sometan a la dirección, coordinación y control por parte de la entidad o funcionario competente*” (Cfr. Artículos 35 y 36 *eiusdem*); por lo que en estos casos, el Presidente, los Gobernadores o Alcaldes, no pueden afirmar una amplia discrecionalidad en las medidas para afrontar la respectiva crisis y deben someterse al contenido de los correspondientes planes. En tanto, que declarado el estado de excepción en cualquiera de sus modalidades -estado de alarma, emergencia económica y conmoción interior- conforme a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros asume amplias facultades para afrontar la emergencia o crisis, en los siguientes términos:

*“Artículo 15. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tendrá las siguientes facultades:*

*a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

b) *Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.*

(...)

*Artículo 19. Decretado el estado excepción, se podrá limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción.*

*Artículo 20. Decretado el estado de excepción, se podrán hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Presente Ley.*

*Artículo 21. El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”.*

De ello resulta pues, **si bien en ejecución de los preceptos normativos contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, no es posible que una autoridad distinta al Presidente de la República en Consejo de Ministros, pueda asumir competencias relativas a la declaratoria y gestión de los estados de excepción, en sus diferentes formas; es viable que la Asamblea Nacional prevea un régimen estatutario de derecho público para la administración de riesgos y emergencias o, en general, respecto a situaciones de crisis vinculadas con la legislación ordinaria en las materias contenidas en el artículo 156 de la Constitución; siendo ésta una competencia propia del Poder Público Nacional, en la cual tiene un amplio margen de regulación y cuya validez estará condicionada en cada caso, a la efectiva coherencia que mantenga con el resto del ordenamiento jurídico, bien sea porque no invada competencias definidas en el Texto Constitucional o se constituya en un acto arbitrario.**

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala advierte del contenido de los artículos 156.9 y 32, 187.1, 236.7, 337 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, en comparación con las normas previstas en la Constitución del Estado Yaracuy, la similitud que existe entre algunas de las funciones que atribuye la Constitución a la Asamblea Nacional y al Presidente de la República, y las que contienen los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy, que atribuye al Gobernador del mencionado Estado, la competencia para “*tomar las medidas necesarias para*” atender el “*estado de emergencia o alarma*”, estableciendo además supuestos ajenos a la procedencia de estados de alarma o emergencia regulados en las previsiones constitucionales y legales aplicables.

Ciertamente, frente a desastres o acontecimientos que alteren la estructura social y económica de la comunidad o su funcionamiento cotidiano, produciendo daños materiales o pérdidas de vidas humanas, no se deriva del Texto Constitucional la posibilidad que los Gobernadores puedan asumir cualquier medida necesaria para afrontar tales hechos (artículo 156.24 y el encabezado y primer aparte del artículo 222 de la Constitución del Estado Yaracuy), por el contrario, en ejercicio de sus competencias propias, la Asamblea Nacional reguló la actividad del Poder Ejecutivo a nivel nacional -Ley Orgánica sobre Estados de Excepción-, estatal y municipal, limitándolos a asumir las medidas contenidas en los instrumentos legales aplicables -Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, Ley de Contrataciones Públicas o la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, entre otras-.

Además, supuestos como los contenidos en el tercer y último aparte del artículo 222 de la Constitución del Estado Yaracuy, en concordancia con el artículo 156.24 *eiusdem*, constituyen previsiones normativas que desconocen la regulación nacional aplicable a los procedimientos para la contratación de la Administración Pública, conforme al contenido normativo de los artículos 141 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 1, 2, 5.11 y 88 de la Ley de Licitaciones -vigente para el momento en que fue dictada la Constitución del Estado Yaracuy (Cfr. *Gaceta Oficial* N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001)- y 3, 6.16, 76.4 y 78 de la Ley de Contrataciones Públicas, a las cuales debía atender cualquier regulación de orden estatal. En tal sentido, basta señalar que los supuestos para que un órgano o ente de la Administración pueda acceder a regímenes estatutarios de derecho público vinculados con las denominadas normas de emergencia, deben ser consecuencia de circunstancias específicas e individualmente consideradas y limitadas al tiempo y objeto estrictamente necesario para corregir, impedir o limitar los efectos del daño grave en que se fundamenta su empleo.

Así, casos como “*la inminencia de acontecimientos o fenómenos naturales catastróficos, anunciados o pronosticados por organismos especializados oficiales*”, generan la obligación de tomar previsiones extraordinarias para afrontarlos, pero no necesariamente la aplicación de normativas especiales en materias tales como contrataciones, bien sea porque exista la capacidad material para que la entidad político territorial, asuma con sus propios medios las medidas de prevención o de garantía de los servicios de salud “*seguridad ciudadana, vialidad, transporte y educación*”. De igual forma, no puede asumirse que el simple retraso en la remisión de “*los recursos presupuestarios*” habilite al Gobernador para decretar un “estado de emergencia presupuestaria o económica”, en la medida que la intensidad -vgr. Tiempo- del retraso puede o no afectar el normal desenvolvimiento de las actividades presupuestarias del Estado, que comporten una emergencia que deba ser atendida bajo un régimen jurídico especial o excepcional.

De ahí que, la Sala reitere que constitucionalmente los Estados son favorecidos por el principio de autonomía para organizar sus Poderes Públicos, pero tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4 del Texto Fundamental, dispone que “*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 565/08-.

Por ello, si bien es posible que los Estados puedan desarrollar normas especiales vinculadas a las competencias propias del artículo 164 de la Constitución, ellas deben adecuarse al ordenamiento jurídico nacional que necesariamente las afecta, en la medida que la homogeneidad o estandarización por normas de rango legal dictadas por la Asamblea Nacional -en el ámbito de sus competencias-, viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación -vgr. Numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 164 *eiusdem*-.

En consecuencia, estima esta Sala Constitucional que la actuación por parte del entonces Consejo Legislativo Estatal al asignarle competencias tan similares al Gobernador del Estado Yaracuy a las que constitucional y legalmente -en los términos antes expuestos- están atribuidas a órganos del Poder Público Nacional como lo son la Asamblea Nacional y el Presidente de la República en Consejo de Ministros, resulta contraria a lo previsto en el Texto Fundamental.

En tal sentido señaló el accionante, que el Consejo Legislativo al otorgar competencias al Gobernador del Estado Yaracuy en materia de estados de emergencia y de alarma, incurrió

en usurpación de las funciones que constitucionalmente tiene atribuido el Poder Legislativo Nacional, y en extralimitación de atribuciones, respecto de lo cual esta Sala estima conveniente reiterar la decisión N° 1.182/00, recaída en un caso muy similar al de autos, en la cual se señaló lo siguiente:

*“en el marco de la doctrina y la jurisprudencia patria, para que se configure el supuesto de la usurpación de funciones, se requiere que el órgano o funcionario presuntamente infractor o incurso en dicho vicio, ejerza o haya ejercido funciones o competencias públicas asignadas por la Constitución de la República o las leyes a otro órgano u órganos del Poder Público, sea nacional, estatal o municipal. Ello así, resulta necesario destacar que en criterio de esta Sala Constitucional, en el presente caso, se evidencia del texto de la Constitución del Estado Mérida, aprobada en fecha 7 de noviembre de 1995, publicada en la Gaceta Oficial de ese Estado N° 7 Extraordinario, de fecha 20 de abril de ese mismo año, que el Poder Legislativo del Estado Mérida no asumió competencias asignadas constitucionalmente al Poder Legislativo Nacional para regular la actividad del Ministerio Público, por lo que la trasgresión constitucional alegada no encuadra en el vicio de usurpación de funciones”.*

Sin embargo, conteste con el criterio transcrito, en esta oportunidad se observa que el Consejo Legislativo del Estado Yaracuy incurrió en el vicio de extralimitación de atribuciones, ya que si bien no creó *ex novo* ningún ente u órgano -Gobernador-, si le atribuyó algunas competencias que por mandato constitucional, corresponden a la Asamblea Nacional y al Presidente de la República en Consejo de Ministros, con lo cual el Poder Legislativo de dicho Estado incurrió en referido vicio, pues si bien es cierto que tenía competencia para organizar los Poderes Públicos de esa entidad federal a la luz de nuestra Constitución, no es menos cierto, que tal organización debió ser realizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, es decir, debió respetar y tener como límites las normas constitucionales y legales atributivas de competencias a los distintos órganos del Poder Público Nacional.

Como consecuencia de las consideraciones expuestas, debe esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad de los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy, publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Yaracuy N° 0039 del 18 de agosto de 2003. Así se decide.

De igual forma, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas con fundamento en la Constitución del Estado Yaracuy y los efectos jurídicos que ello hubiere implicado en el ámbito de esa entidad federal (Vid. Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia N° 56/08), esta Sala en aras de la seguridad jurídica, fija los efectos del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto es, a partir de la publicación del presente fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional. Así se decide.

B. *Poder Legislativo: Función Legislativa y su control*

**TSJ-SC (439)**

**27-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

La posición que asume la Constitución y la interpretación que en ese sentido se plasmó en la sentencia de esta Sala N° 85/02, constituye una perspectiva que redimensiona tanto la concepción de la función legislativa, como la de la facultad de tutela de esta Sala, sobre el ejercicio de la mencionada función normativa, en tanto que el legislador *“tiene la obligación de legislar para la realidad nacional”* (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.178/09), lo cual excede una perspectiva que reduzca el análisis de constitucionalidad a la opción legislativa o

que la regla seleccionada no pueda sostenerse sin afectar el núcleo esencial de los derechos constitucionales (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 898/2002), en tanto que en esos casos, se asume que el legislador cuenta con la libertad de escoger una solución entre varias, incluso una más limitativa que otra u otras, quedando prohibido optar por alguna que anule por completo el derecho constitucional delimitado, sin tomar en consideración que existen circunstancias en las cuales la propia Constitución, exige bajo un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, negar la subsistencia de algún derecho fundamental a favor de otros.

Por lo tanto, si bien el órgano legislativo es ciertamente libre en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas la vía de proceder que considere en cada caso más conveniente, así como el escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, ello debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico.

Lo anterior se refleja, en la competencia de esta Sala para determinar que el legislador en el ejercicio de sus funciones actúe bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, lo que comporta la posibilidad de controlar actuaciones tan discrecionales como las sometidas a consideración de esta Sala en la sentencia N° 2/09, en la cual se señaló “*que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso de la formulación del presupuesto local, encuentra entre otras restricciones, la adecuación de la inversión a las necesidades de la comunidades o que de los ingresos previstos en el presupuesto municipal al menos el cincuenta por ciento deba destinarse a gastos de inversión en áreas preferentes como salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio; ello trae como consecuencia fundamental, que la prioridad para la asignación de los ingresos debe tenerla la Alcaldía, vale decir el Alcalde -a quien corresponde el gobierno y administración del Municipio- y demás órganos o dependencias cuya competencia sea la satisfacción de necesidades en tales áreas*”.

Se reitera entonces, la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del derecho, aislado de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun siendo discrecional políticamente, no se desarrolla en este sentido al margen del derecho.

### C. El Poder Judicial

- a. Régimen de los Jueces: Jueces itinerantes permanentes (Jueces de carrera)

**TSJ-SPA (765)**

**7-6-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Germán Landines Tellería vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala considera al recurrente como un Juez Itinerante Permanente, a pesar de haber sido nombrado Juez Itinerante Temporal. Para ello consideró que en vista de que durante más de nueve años ejerció el cargo, estaba amparado por la Resolución N° 1464 del 9 de**

**enero de 1998, dictada por el Consejo de la Judicatura, que reconoció a los Jueces Penales Itinerantes Permanentes su condición de jueces de carrera.**

Se observa que mediante Resolución N° 1464 del 09 de enero de 1998 (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.380 del 23 de enero de 1998), el Consejo de la Judicatura resolvió:

*“(…) CONSIDERANDO*

***El ingreso por rigurosa selección, concurso de credenciales y oposición a que fueron sometidos los Jueces Itinerantes, quienes (...) fueron designados Jueces Permanentes en materia Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público, con competencia nacional, como jueces sentenciadores en Primera y segunda Instancia.***

*CONSIDERANDO*

***El óptimo rendimiento del Programa de la Justicia Itinerante durante un lapso superior a ocho (8) años.***

*RESUELVE*

***ARTÍCULO ÚNICO. Reconocer a los Jueces Penales Itinerantes Permanentes, su condición de Jueces de carrera, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Carrera Judicial en concordancia con el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quedando en consecuencia sometidos al régimen inherente a todo Juez de Carrera (...).*** (Resaltado de la Sala).

La Sala advierte que la citada Resolución preconstitucional no ha sido derogada por norma legal o sublegal alguna. Por el contrario, sirvió de base a la sentencia de esta Sala que determinó la estabilidad de los jueces itinerantes, calificándolos como categoría especial de jueces de carrera, que no deben ser separados de sus cargos sin abrirseles procedimiento disciplinario. Dicha sentencia es la N° 01989 del 02 de agosto de 2006, que dispuso lo siguiente:

*“(…) No obstante, advierte esta Sala que el Consejo de la Judicatura al reconocer a los Jueces Itinerantes Permanentes su condición de jueces de carrera, mediante Resolución N° 1464 del 9 de enero de 1998, creó una categoría especial de jueces que sin ser asimilada a la titularidad que otorga el haber ingresado al Poder Judicial mediante el concurso de oposición dispuesto constitucionalmente, tampoco debe ser asimilada a un juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de carácter provisional; tomando en cuenta que tal decisión devino precisamente del óptimo rendimiento del Programa de la Justicia Itinerante, cuya estabilidad le ha sido otorgada en el sentido de que se le garantice su llamado a concurso de oposición, por lo que hasta tanto se verifique el mismo, para ser separados de la carrera judicial requieren la sustanciación de un procedimiento disciplinario. Así se declara (...)*” (Resaltado de la Sala).

Dentro de esta misma línea jurisprudencial, en decisión N° 01969 de fecha 05 de diciembre de 2007, esta Sala ratificó el criterio de la sentencia *supra* citada, agregando lo siguiente:

*“(…) De acuerdo a lo establecido por la Sala en la sentencia parcialmente transcrita, a los jueces itinerantes permanentes se les ha reconocido estabilidad en el ejercicio del cargo ‘sólo a los efectos de garantizarles su llamado al concurso de oposición’, estabilidad ésta que difiere de la inherente a la condición del juez que ha obtenido su titularidad de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional antes transcrita, pero que tiene en común con aquéllos, la impremitible sustanciación del procedimiento disciplinario para su separación del cargo, hasta tanto se produzca el llamado a concurso en el caso de los jueces itinerantes, en el que quede comprobada la comisión de falta que amerite la destitución.*

*Sobre la base de lo expuesto, la Sala advierte que dentro de la estabilidad de los jueces, cuyo ingreso se ha producido por concurso, así como la de los itinerantes permanentes, no le está dado a la Administración Judicial ‘dejar sin efecto su designación’; pues, la terminación de la carrera judicial, en estos casos sólo puede producirse ante la ocurrencia de alguna de las causales previstas en el ordenamiento jurídico, previa comprobación en la sustanciación del procedimiento disciplinario correspondiente. (...)’.* (Resaltado de la Sala).

De la resolución citada y de los fallos parcialmente transcritos se deriva que a los Jueces Itinerantes Permanentes se les reconoció la condición de jueces de carrera, por lo que gozan de estabilidad, garantía con rango de derecho humano que impone a la Administración judicial respetarles su permanencia en el cargo a condición de que se les garantice su llamado a concurso de oposición. Por lo tanto, mientras no se verifique el referido concurso, se reitera que para ser separados de la carrera judicial se requiere de la sustanciación de un procedimiento disciplinario. Precisada la estabilidad que corresponde a los Jueces Itinerantes Permanentes, la Sala pasa a analizar la diferencia que existe entre los Jueces Itinerantes Temporales y los Permanentes.

Así, entiende este Máximo Tribunal que dicha diferencia está determinada por el tiempo que se prevé durarán los jueces itinerantes en sus funciones, entendiéndose por temporales quienes por un breve período desempeñan esas funciones judiciales, y por permanentes quienes ocupan tales cargos por un largo tiempo, independientemente de que hayan ingresado como itinerantes temporales.

- b. *La Administración de Justicia: La seguridad jurídica ante nuevos criterios jurisprudenciales*

**TSJ-SC (490)**

**12-4-2011**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: María Cristina Vispo y otro vs. Revisión Sent.(Nº554.29-10-09)

**La uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando, sorprendiéndose así la buena fe de los usuarios del sistema.**

Véase: p. 80 de esta *Revista*

2. *El Poder Estatal: Constituciones Estadales*

**TSJ-SC (597)**

**26-4-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia

**Las constituciones estadales a las cuales se refiere el artículo 164.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no constituyen verdaderas constituciones o normas fundamentales de carácter regional en un sentido jurídico político, ya que no son -ni pueden ser- en los términos señalados *supra*, el resultado del ejercicio de la soberanía popular en relación a la autodeterminación de los estados.**

La presente denuncia se concreta en plantear que la sanción de la Constitución de los Estados, debe estar influida por los principios rectores establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como el de participación política en tanto derecho humano de rango constitucional, armonizando la técnica de la representación y la democracia directa, a fin de evitar el predominio de las cúpulas políticas que centralizando el poder desde arriba, sin consultar ni someter a la consideración del pueblo, imponen su propio criterio. Así, señalan que el proceso para la promulgación de una Constitución Estatal, tiene una naturaleza de Constituyente Derivada, correspondiéndole a los Consejos Legislativos, a través de mecanismos de participación directa e indirecta, recoger todas las inquietudes, propuestas y colaboraciones de la sociedad civil del Estado, luego organizarlas para estructurarlas como Proyecto sancionado, el cual debe ser presentado para que la población pueda expresarse con relación a éste por vía de un referéndum y sólo cuando esta voluntad popular se ha hecho efectiva en un sentido afirmativo, es que se debe asumir con propiedad que ha sido dictada la Constitución de cualquier Estado y es a partir de ese momento cuando podrá regir los destinos del mismo.

Al respecto, esta Sala debe determinar la naturaleza jurídica del acto impugnado para posteriormente verificar el procedimiento aplicable para su formación, más aún si los accionantes pretenden asimilar, los principios para la formación o revisión de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a las constituciones estatales.

En tal sentido, partiendo de un planteamiento lógico normativo la *“Constitución [es] norma suprema y fundamento de su ordenamiento jurídico, a partir de la cual se genera la producción escalonada del orden jurídico, de manera decreciente en cuanto a su generalidad”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 3.145/04-, “esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

A la par la doctrina afirma, que en un sistema jurídico existe *“una específica constitución, con la correspondiente instancia constituyente, distinta de la legislativa, la norma fundamental presupuesta consistiría en las normas que definen tal instancia y determinan bajo qué condiciones puede modificarse la constitución”,* siendo que ello comporta *“el cierre del sistema en forma de presuposición -incondicionada- como norma fundamental”* -ROSS, Alf. *Teoría de las Fuentes del Derecho, una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. CEPC, Madrid, 1999, p. 431 y 432-.

Ahora bien, desde una perspectiva histórico política, la Constitución se vincula igualmente con la idea de soberanía, entendida esta a partir de una visión de los Estados nacionales; en primer lugar desde el punto de vista externo, respecto a su independencia, integridad territorial y la autodeterminación nacional respecto de otros estados, entes -vgr. Corporaciones transnacionales-, instituciones -vgr. Órganos judiciales internacionales- (Vid. Sentencias

de esta Sala N° 23/03, 1.942/03, 1.541/08, 1.939/08 y 97/09) u organizaciones -vgr. Grupos armados- y; en segundo término, partiendo de su aspecto interno, materializado en la unidad del pueblo, integridad de su territorio y la autodeterminación nacional -Cfr. Artículo 1, 4, 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-.

Para Schmitt “desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial estancados” (Cfr. SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Alianza, 1ª edición, Madrid, 1986, p. 362).

En relación con su aspecto interno, la “soberanía popular (...) [como] transformación de la dominación política o poder político en la autolegislación” -Cfr. HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*. Editorial Trotta, 2008, p. 623-, no puede abordarse en términos generales, como una manifestación ilimitada inmanente de grupos sociales sectorizados o entidades particulares dentro de la división político territorial de la República, ya que la autodeterminación a la cual hace referencia el artículo 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene como elemento propio su carácter nacional.

Así, no es posible extender los límites de los conceptos de soberanía más allá de la concepción federal descentralizada que consagra el Texto Fundamental, toda vez que si se permite que “coexistan varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autónomos de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad siquiera reflejada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización” .

De ello resulta pues, que cualquier interpretación que conlleve a afirmar una concepción federal o cualquier grado de descentralización, que negase la “totalidad” estatal, en el que se insertan los diversos entes político-territoriales reconocidos en la Constitución, debe descartarse, pues “como lo advertiría Schmitt en el mismo sentido en que lo hizo Kelsen en el texto referido), ‘un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total’ (opus cit., p. 349)” -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 2.495/06 y 565/08- y, en tal sentido, no hay derecho a la autodeterminación de las minorías sino del pueblo de la República Bolivariana de Venezuela en su conjunto como único soberano.

Partiendo de las anteriores premisas, no es posible afirmar que se pueda atribuir a fracciones del pueblo -vinculadas o no a determinada división político territorial- la posibilidad de autodeterminación soberana, desvinculada del ordenamiento jurídico nacional, “porque entonces, simplemente no habría estado ni Constitución (...). La constitución no puede ser sin un pueblo sometido a derecho. La autodeterminación de una minoría es tan inconciliable con la existencia de un ordenamiento jurídico como la autodeterminación individual. El derecho de las minorías, como el derecho de los ciudadanos, es a expresar libremente sus propósitos, a tratar de propagar sus ideales hasta obtener un cambio normativo concorde con ellas, cambio que habrá de ser adoptado por la mayoría. Lo que no puede permitir el Derecho es que la minoría (o el ciudadano) imponga su voluntad a la mayoría. Ni hay Estado, ni Constitución, ni ordenamiento si hay derecho de secesión; simplemente son entidades inconciliables” -Cfr. ARAGÓN, Manuel. *Constitución y Democracia*. Tecnos, Madrid, 1990, p. 62 y 63-.

Pues bien, sobre la base de las consideraciones antes expuestas, esta Sala considera que las constituciones estatales a las cuales se refiere el artículo 164.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no constituyen verdaderas constituciones o normas

fundamentales de carácter regional en un sentido jurídico político, ya que no son -ni pueden ser- en los términos señalados *supra*, el resultado del ejercicio de la soberanía popular en relación a la autodeterminación de los estados.

Las denominadas constituciones estatales, son actos en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con rango de ley y de carácter regional, cuyo contenido jurídico fundamental se limita a regular la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos Estadales conforme al Texto Fundamental. Siendo entonces la naturaleza jurídica de las constituciones estatales, la de un acto en ejecución directa del Texto Fundamental con rango de ley regional y, desde el punto de vista constitucional, le son aplicables los principios de esos actos normativos, tanto en lo que respecta a su contenido y alcance, como en relación con el procedimiento para su formulación -*Cfr.* Artículo 164.1 *eiusdem*-.

Ahora bien, frente a la escasa regulación respecto a la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existe por remisión expresa del constituyente, la competencia a la Asamblea Nacional para regular mediante ley tal régimen de los órganos legislativos estatales, en los precisos términos del artículo 162 *eiusdem*, el cual establece que la “*ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo*”.

Así, fue dictada la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (*Gaceta Oficial* N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001), en la cual se establecieron las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados y principios generales para el ejercicio de la función legislativa, regulando particularmente sus atribuciones en los siguientes términos:

*“Artículo 15. Atribuciones. Corresponde a los Consejos Legislativos de los Estados:*

*1. Sancionar el proyecto de constitución estatal y presentar iniciativas, enmiendas o reformas de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.*

La lectura del artículo parcialmente transcrito, debe formularse a partir de un enfoque pragmático, conforme al cual no debe asumirse una interpretación a las limitaciones o prohibiciones normativas, que destruya o desmantele las competencias necesarias, para que se desarrolle el correcto ejercicio de la autonomía que se le ha atribuido constitucionalmente a los distintos entes u órganos que conforman el Poder Público.

En tal sentido, cuando el numeral 1 del artículo 164 de la Constitución vigente, establece que “*Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1.- Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con esta Constitución*”, y el numeral 1 del artículo 162 *eiusdem*, atribuye competencia a los Consejos Legislativos para “*(...) Legislar sobre las materias de la competencia estatal*”, evidencia claramente que la competencia de los Consejos Legislativos para dictar las constituciones estatales que corresponda a su entidad federal es plena, en el sentido que no requiere ningún acto posterior que condicione su validez -salvo que posteriormente el mismo acto así lo establezca-. Por ello, el contenido del artículo 15.1 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, no puede entenderse como un límite a la competencia de tales órganos a sancionar la Constitución del Estado, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, las consideraciones antes expuestas en nada contradicen la jurisprudencia reiterada de esta Sala respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al principio de participación, según la cual:

*“(…) Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima. Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de auto responsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, debe asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación. El alcance del principio de participación en el ordenamiento jurídico venezolano, se materializa tanto en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control, sino fundamentalmente en el principio de auto responsabilidad, el cual postula que la sociedad debe beneficiarse e igualmente sufrir los efectos de su participación o abstención (...)” -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 471/06 y 1.117/06-.*

Al instituirse el principio de participación como un parámetro interpretativo, ello comporta a cargo del juez un imperativo de carácter bifronte, que se materializa por una parte en la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 471/06 y 1.117/06-.

Sobre el primer aspecto, se postula entonces la necesidad de una interpretación pro participación que conlleve preferir aquellas que contribuyan al ejercicio del derecho de participación, a las que constituyan una restricción al mismo, razón por la cual siempre deberá preferirse la interpretación que favorezca el acceso al ejercicio de cargos públicos -lo que incluye la reelección- a aquella que la niegue, en caso de no existir disposición expresa como es el caso del artículo 296 o Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, la participación en el contexto constitucional vigente, no responde a una visión unívoca respecto a sus formas de manifestación, en tanto que materialización del principio de participación, se verifica en términos generales, en cuanto a las instituciones o medios para su concreción, en todas aquellas normas en las cuales se ha establecido la consulta o participación popular directa, para la asunción de las decisiones del Estado.

Ciertamente, en su aspecto de derecho fundamental de los ciudadanos, la Constitución reconoce en su artículo 62, que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, pero destaca que es la participación del pueblo en la “**formación, ejecución y control de la gestión pública**”, el medio necesario para lograr el protagonismo que garantiza su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Así, la Constitución en su artículo 70, establece como medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político, la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperati-

vas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria e incluso las mencionadas asambleas de ciudadanos y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

Así, resultan igualmente válidas y conformes al principio de participación consagrado en la Constitución, tanto la iniciativa legislativa como la aprobación de instrumentos normativos mediante referéndum aprobatorio, conforme a los artículos 73 y 204.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente. En tal sentido, en reciente sentencia N° 1.326/2009, se ha destacado que *“al sostener la Sala que el juez debe asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación, no afirma un nuevo sistema jerárquico de las fuentes normativas que responda a su origen o formación -así una ley aprobada por la Asamblea Nacional conforme al procedimiento para la formación de las leyes y una producto de la iniciativa popular aprobada mediante referendo aprobatorio, tiene el mismo rango y valor que los actos que en ejecución directa de la Constitución comparten la misma naturaleza jurídica- (...)”*.

En suma, la participación de la ciudadanía es reconocida por la Constitución en el proceso para la formación de las leyes nacionales -artículo 211-, pues, durante la discusión y aprobación de los proyectos de leyes, tanto la Asamblea Nacional como las Comisiones Permanentes, consultarán no sólo a otros órganos del Estado, sino directamente a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos, en los términos que establezca su Reglamento. De forma análoga, la participación directa de la sociedad en lo que se refiere al procedimiento de formación de las leyes estatales, se encuentra regulada ampliamente en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, fundamentalmente en sus artículos 15.7, 38.5 y 39, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 15. Atribuciones. Corresponde a los Consejos Legislativos de los Estados:*

*(...)*

*7. Organizar y promover la participación ciudadana e implementar los mecanismos que garanticen la inclusión de las opiniones que emanen de los diferentes sectores, en el ejercicio de las funciones propias del órgano legislativo estatal.*

*Artículo 38. Iniciativa de leyes. La iniciativa para la formación de las leyes corresponde: (...)*

*5. A un número no menor del uno por mil de los electores residentes en el territorio del respectivo estado que reúnan los requisitos establecidos en la ley electoral respectiva.*

*Artículo 39. Consulta a los municipios y la sociedad civil. Cuando se legisle en materias relativas a los municipios y a la sociedad civil, los mismos serán consultados por el Consejo Legislativo del Estado a través de los mecanismos que establezca la ley”.*

Consiguientemente, al compartir las constituciones estatales la naturaleza jurídica de las leyes de ese ámbito político territorial, deben garantizar para su validez, no la realización de un referéndum aprobatorio en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino la participación ciudadana en el procedimiento de consulta, conforme a la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados. Así, es esa la debida interpretación de la norma cuya nulidad se solicitó, acorde con el régimen jurídico venezolano de los Consejos Legislativos de los Estados y a la interpretación que a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha de dársele al artículo 15.1 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, de manera que su contenido sea acorde con los principios y garantías del Texto Fundamental.

En consecuencia, ya que de las actas del expediente se desprende que entidades municipales que conforman el Estado Zulia y particulares, participaron en la elaboración y corrección del Proyecto de Constitución Estadal -Cfr. Pieza 2, anexos B, C, D, E, F, G, H e I, así como un aviso de prensa en el diario La Verdad del 12 de junio de 2002, en el cual se convoca para la participación de la sociedad para la formulación de propuestas para el proyecto de Constitución del Estado Zulia-, esta Sala estima improcedente la denuncia formulada por los recurrentes respecto a la inconstitucionalidad del procedimiento de formación de la Constitución del Estado Zulia, por lo que declara la constitucionalidad del procedimiento seguido para la formación de la Constitución del Estado Zulia, interpretado como se ha hecho en este fallo. Así se decide.

(...)

#### **5.- Inconstitucionalidad del artículo 15 de la Constitución del Estado Zulia.**

El artículo 15 de la Constitución del Estado Zulia establece, lo siguiente:

*Artículo 15.- La Constitución del Estado Zulia es el fundamento del ordenamiento jurídico estadal. En consecuencia, será nula toda norma estadal que contradiga lo dispuesto en esta Constitución. Igualmente, será nula toda norma nacional o municipal que, invadiendo la competencia estadal, contradiga lo dispuesto en esta Constitución.*

Tal como se aseveró en esta sentencia, cuando la Constitución del Estado Zulia en los “Principios Fundamentales” contenidos en su Título I, someten la organización y funcionamiento de sus Poderes Públicos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la legislación nacional que la desarrolle, basta para asumir desde un punto de vista interpretativo, el reconocimiento y sometimiento al Texto Fundamental del resto de las normas que componen el articulado de la Constitución del Estado Zulia, salvo que existan en ellas, alguna disposición expresa que niegue expresamente o contrarie materialmente el contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como considera esta Sala que es el presente caso. Ciertamente, el fundamento del ordenamiento jurídico estatal no es la Constitución de cada ente político territorial sino el Texto Fundamental de la República tal como se aclaró suficientemente *supra* y se refleja en el contenido del artículo 7 *eiusdem*, conforme al cual “la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, de conformidad con el artículo 25 *eiusdem*, que declara nulo a “todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley”.

En la norma impugnada, ese desconocimiento del vértice normativo del ordenamiento jurídico de la República, conlleva a que en la estructura lógica de la norma se prevea como consecuencia jurídica la nulidad de todo el ordenamiento jurídico que contrarie la Constitución Estadal, siendo tal conclusión inaceptable en tanto la violación de las competencias estadales esencialmente se generan no como consecuencia del desconocimiento del contenido de la legislación estadal, sino por quebrantamiento del Texto Fundamental, sin perjuicio que las constituciones estadales desarrollen las normas nacionales correspondiente y se vean igualmente vulneradas.

De ello resulta pues, que en el presente caso la Sala no pueda formular una interpretación sobre la base del principio conservación de los actos jurídicos, ya que admitir los términos en los cuales se estableció el artículo bajo examen equivaldría no sólo a admitir la naturaleza de norma fundamental de los textos constitucionales estadales, sino que además abriría la posibilidad de generar conflictos normativos ajenos a la estratificación del ordenamiento jurídico formada a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo tanto, esta Sala anula el artículo 15 de la Constitución del Estado Zulia, por violación del contenido de los artículos 7 y 159 de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

### 3. *El Poder Municipal*

#### A. *Distrito Metropolitano de Caracas: Consejo Federal de Gobierno*

**TSJ-SC (522)**

**12-4-2011**

Magistrado Ponte: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas (Antonio Ledezma)

**La Sala Constitucional señala, en etapa cautelar, que será luego del debate procesal y de la sustanciación de la demanda de nulidad que se pueda determinar si el Distrito Metropolitano de Caracas podrá considerarse incluido en los conceptos de Estado o Municipio, para su eventual inclusión en el Consejo Federal de Gobierno y las consecuencias que de ello derivaría.**

Para el análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas cautelares en el caso de autos, la Sala observa:

#### 1. Presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*).

La parte actora alegó que dicho requisito está presente de origen constitucional pues el Área Metropolitana de Caracas es una unidad político territorial, cuya primera autoridad es electa por voluntad popular, a pesar de lo cual no fue incluida en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno como receptora de competencias del Poder Nacional y, en cambio, si lo fueron organizaciones que no figurarían en la Constitución como las “organizaciones de base del Poder Popular”, razón por la cual, en su opinión, existe, en su contra, una discriminación.

La Sala observa que la creación del Consejo Federal de Gobierno quedó establecida en el artículo 185 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone:

El Consejo Federal de Gobierno es el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios. Estará presidido por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva e integrado por los Ministros o Ministras, los gobernadores o gobernadoras, un alcalde o alcaldesa por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley.

El Consejo Federal de Gobierno contará con una Secretaría, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, dos Ministros o Ministras, tres gobernadores o gobernadoras y tres alcaldes o alcaldesas. Del Consejo Federal de Gobierno dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo. El Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutirá y aprobará anualmente los recursos que se destinarán al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se aplicarán dichos recursos.

De la cita previa, la Sala aprecia *–prima facie–* que la norma constitucional no menciona, al menos expresamente, el Distrito Metropolitano de Caracas, sino que establece, de manera general, que el Consejo Federal de Gobierno es el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios. Por tanto, la Sala, sin realizar prejuzgamiento alguno sobre el fondo del asunto, aprecia que,

aparentemente, el legislador recogió el texto de la disposición constitucional, razón por la cual no puede sostenerse que exista una presunción de buen derecho a favor de la parte actora en cuanto a su pretensión de anulación con base en su exclusión en el texto de la ley objeto de la demanda de autos.

De manera que, en este estado de la causa, se juzga que no hay elementos de hecho y de derecho suficientes para la sustentación de la presunción del derecho que se reclama; será luego del debate procesal y de la sustanciación de la demanda de nulidad que se pueda determinar si el Distrito Metropolitano de Caracas podrá considerarse incluido en los conceptos de Estado o Municipio, para su eventual inclusión en el Consejo Federal de Gobierno y las consecuencias que de ello derivaría.

Por cuanto el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares debe ser, según antes se expuso, necesariamente concurrente, y por cuanto no se cumple en este caso con el primero de éstos, sería inoficioso el análisis de verificación del peligro en la mora y la ponderación de intereses en juego; en consecuencia, es forzosa la desestimación de la pretensión cautelar. Así se decide.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

##### 1. Régimen Económico: Libertad de empresa e Ilícitos económicos

TSJ-SC (439)

27-5-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

Paralelamente, en anteriores oportunidades la Sala ha señalado que el contenido normativo del artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la ley. Así lo sostuvo en sentencia N° 462/01, al disponer lo siguiente:

*“respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos.*

*Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas”.*

En consonancia con el criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, la Sala precisó que en el contexto del principio de libertad -artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, se desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la **libertad de empresa**, como una situación jurídica que se materializa, tanto en una situación de poder, que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumplan las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo y, en una prohibición

general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08-, respecto de lo cual se consideró que:

*“se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.*

*Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.*

*De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.*

*El comentado punto de equilibrio, se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatar que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.*

*De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.*

*En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa, debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o test democrático” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.*

Afin a los anteriores asertos, es el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con el derecho de propiedad, según el cual efectivamente la Constitución garantiza categóricamente el derecho de propiedad, sin que ello comporte que “como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones. En primer lugar, la propiedad puede ser limitada por la ley, si existen razones de utilidad pública o interés general, tal como lo establece el artículo 115 del Texto Fundamental, según el cual: ‘Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes’.

*Existe abundante jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se limite la propiedad si hay razones que lo justifiquen” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 3.537/05-*

Ahora bien, cuando el artículo 299 *eiusdem*, define los elementos característicos del régimen socioeconómico y lo califica como una actividad a desarrollarse bajo principios tales como los de justicia social, eficiencia, productividad y solidaridad, las mismas son aplicables al desarrollo de la actividad del sector privado y público, ya que si bien todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, existen *prima facie* limitaciones previstas en la Constitución como las ya señaladas, aunada a otras, como son la de que cualquier actividad económica debe estar dirigida a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa de consulta abierta y responsable.

De ello resulta pues, que en el sistema constitucional vigente el derecho a desarrollar actividades lucrativas no es una posición o bien jurídico aislado sobre el cual se habilitan posteriores restricciones legales, sino más bien constituye parte de la concepción del derecho a la libertad el cual no es absoluto, pues se encuentra definido en sus objetivos por el propio Texto Fundamental, por lo que el Estado no puede incidir en la actividad de forma tal que desconozca el derecho, pero los particulares tampoco pueden ostentar una tutela constitucional fuera de los límites que la propia Constitución establece en proporción o relación a su situación jurídica.

Así, en sectores económicos como el bancario, sus agentes no pueden pretender un derecho previo, fundacional o de mayor entidad a desarrollar actividades riesgosas y lucrativas, que sólo pueden ser limitadas sin afectar su núcleo esencial, ya que en ese ámbito fundamental se encuentran entidades jurídicas de igual valor (constitucionales), tales como -en general- la consecución del bien común y, particularmente la seguridad jurídica, solidez y sustentabilidad, del crecimiento de la economía, que habilita al legislador para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, que en muchos casos comporta, la absoluta prohibición y ejemplar sanción de alguna de estas actividades, como por ejemplo apropiación o aprovechamiento indebido de bienes.

Al hilo de las anteriores consideraciones, esta Sala reitera que al no revestir los derechos fundamentales una dimensión exclusiva de reacción frente a la intervención estatal, sino también de derechos de protección, que exigen conductas positivas eficaces de todos los órganos y entes que ejercen el Poder Público, garantizando su eficacia frente a sus propias actuaciones y a la de terceros, es por lo que toda ley sectorial en materia económica, bien sea de naturaleza civil, comercial, administrativa, o penal, se erige como una medida que el Estado debe implementar para proteger los derechos fundamentales y demás principios constitucionales.

## 2. Régimen del sistema financiero

TSJ-SC (439)

27-5-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

**Bajo el principio de justicia social, la Sala Constitucional señala que en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, siempre se ha tratado que las entidades sometidas a las leyes de bancos, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios.**

Ahora bien, es en ese contexto normativo y jurisprudencial que debe abordarse el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria, la cual constituye un elemento fundamental en la consecución de los postulados contenidos en los ya citados artículos 112, 299 y 308 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la banca y el resto de las instituciones financieras y comerciales del país, funcionan como los canales de captación y distribución de los capitales hacia los sectores de la economía que hagan un uso eficaz de aquellos y a su vez, coadyuvan en el mantenimiento de la estabilidad económica en general.

Así, la Sala ha reconocido al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés público, ya que *“(...) Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada) (...)” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 85/2002, caso: “Asodeviprilara”-*.

En ese orden, los preceptos normativos contenidos en leyes estatutarias de derecho público en la materia, como la derogada Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera y la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, *“debían y tienen que materializar o viabilizar entre otros aspectos, el de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, mediante el correcto y eficaz desarrollo de la actividad de la banca y demás instituciones financieras, bajo los principios de justicia social” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1107/08-*.

Bajo ese principio de justicia social, en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, siempre se ha tratado que las entidades sometidas a las leyes de bancos, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios.

Por ello, esta Sala ha señalado que las operaciones de los entes regidos por la legislación financiera *“requieren de límites que impidan perjuicios a quienes contratando con ellos -al abrir cuentas en las que depositan dinero; celebrar operaciones financieras diversas; recibir créditos por los que pagan interés, entre otras- les permiten operar en la práctica, de tal modo que cuando una entidad dispone de manera indebida de los recursos que maneja, atenta no contra su patrimonio exclusivamente, sino también y de manera particular contra los ciudadanos, incurriendo sus directivos en presuntos delitos contra la fe pública, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas”*, por lo que:

*“para este Máximo Tribunal, el legislador atendió a una exigencia surgida de la realidad social, determinando los medios idóneos para evitar la repetición de situaciones de graves perjuicios colectivos, lo que en definitiva hace privar los intereses colectivos sobre los individuales, presupuesto básico del Estado Social de Derecho.*

*A juicio de este órgano sentenciador todo lo expuesto se aprecia claramente en el caso de las entidades regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. La protección del empresario bancario o financiero, como titular de la libertad económica, no puede menoscabar la protección de los ahorristas o de quienes, en general, les proporcionan sus fuentes de recursos para sus operaciones financieras. Precisamente, ante esa relación desigual nace el deber ineludible del Estado de velar por quienes se encuentren en la situación más débil o desventajosa, que sin duda es el ahorrista o el pequeño inversor. En otras palabras, la protección del interés general (ahorristas) sobre el interés particular y minoritario (los bancos)”* (Sentencia de esta Sala Nº 1.178/09).

En la consecución de tales fines, una manifestación propia como la actividad normativa del Estado se exterioriza en el ámbito penal, como medidas legislativas que el Estado adopta para la tutela de los derechos fundamentales y los bienes constitucionales (Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994).

### 3. Régimen estatutario de derecho público sobre la banca

**TSJ-SC (439)**

**27-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

#### **La Sala Constitucional analiza la consolidación de un Régimen Estatutario de Derecho Público sobre la Banca.**

#### **B.- El carácter expansivo de la intervención estatal en sector bancario y financiero.**

La intervención en la economía por parte del sector público, se instauró para posibilitar la ordenación de la actividad privada y adecuarlo a los intereses generales del Estado.

Incluso dentro de la doctrina liberal, se ha admitido que el Estado debe resguardar la correcta organización social a partir del respeto de los intereses generales o de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, para lo cual ordena las conductas ciudadanas a través de un sistema jurídico del cual las normas imperativas o de orden público se encargan de restringir y penalizar algunas manifestaciones de la libre iniciativa en aras de la realización del bien común.

El propio Adam SMITH afirmaba que “(...) las reglamentaciones que restringen la libertad bancaria pueden considerarse en cierta forma como una violación a la libertad natural; sin embargo, las manifestaciones de la libertad de un pequeño número de individuos que pongan en peligro la seguridad de la colectividad, es y debe ser detenida por las leyes de todos los gobiernos, de los más liberales y de los más despóticos (...)” (Citado por Esteban COTTELY, *Derecho Bancario*. Tomo I, Editorial Arayú, Buenos Aires, pp. 259 y 260).

En ese contexto, para lograr los fines del intervencionismo económico del Estado, en las manifestaciones del poder interventor se distinguen tres expresiones, a saber: La intervención legislativa o regulatoria, la supervisión y, la intervención a través de sociedades o entes descentralizados, siendo relevante en el ámbito de la presente decisión la dimensión normativa y, particularmente la punitiva en las actividades bancarias, no sin obviar que cada una de estas

manifestaciones constituyen partes inescindibles del ejercicio de las competencias que tiene atribuido el Estado, en el marco del Estado Social de Derecho y justicia, para preservar la estabilidad social, política y económica de la República.

Así, el ordenamiento sectorial bancario enuncia un ámbito de actividad que, aun cuando se encuentra regulada por el Estado mediante una política económica habilitada por la Constitución, se manifiesta además mediante la potestad de dirección, control y sanción de los agentes sometidos a este régimen estatutario de derecho público, lo cual constituye una actividad de vital importancia, en la medida que:

*“mucho menos puede discutirse la importancia que representa la intervención del Estado en el sector financiero, para preservar la estabilidad del sistema de pagos de la economía, proteger el ahorro de la comunidad, garantizar un adecuado financiamiento del sector productivo, profundizar el ahorro bancario, democratizar el crédito, proteger al usuario y regular la oferta monetaria.*

*Cualquiera que sea el sistema económico-político, reserva para el Estado un papel muy importante como regulador y supervisor de los bancos y demás intermediarios financieros, de suerte que se encauce su actividad al logro de ciertos resultados que consulten el interés general de la sociedad dentro de los propósitos que persigue cada organización estatal.*

*Desde este punto de vista resultaría necio cuestionar la existencia de intervención estatal en cualquier sistema financiero. Su intensidad será tanto mayor o no en función de la concepción del modelo económico de cada país, el papel que se le asigne al Estado frente al funcionamiento de las limitaciones intrínsecas a la gestión pública para gobernar el quehacer bancario” (Cfr. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor H. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Legis, segunda Ed., Colombia, 2004, p. 75 y 76).*

Partiendo desde el punto de vista económico, en la regulación de la actividad bancaria convergen el logro de objetivos tan amplios como el crecimiento económico estable o, coyunturales como el impulso de actividades productivas particulares como sería en el caso de la construcción de viviendas o del desarrollo de la producción agrícola, mediante el establecimiento de porcentajes mínimos en las carteras crediticias de los bancos en esos sectores, pero siempre vinculados a un sustrato social, al asignar a la banca un rol o responsabilidad en el desarrollo sustentable de la economía.

Ahora bien, tal como se señaló con anterioridad, el desarrollo histórico de la banca, delimitó casi de forma homogénea un conjunto de características que se reflejan en la regulación actual del sistema bancario, ya que si bien, inicialmente la banca se identificaba con el banquero y, su actividad se limitaba en gran medida al cambio manual de la moneda, posteriormente fue ampliada a una verdadera actividad de intermediación, en la cual se reciben fondos de terceros que son dados ulteriormente en préstamos, con lo cual el banquero se convierte en un medio que canaliza y es capaz de generar un provecho del ahorro privado, al prestar a interés el numerario recibido en depósito de otros.

Por ello, como bien señala Rodrigo URÍA *“la banca en sentido amplio, intercambia recursos financieros o capitales con sus clientes, y les prestan servicios de crédito o financiación, por sí o mediante intermediarios (...). Prestando a unos clientes el dinero que recibe en depósito de otros, el banquero distribuye el ahorro y se convierte ya en un instrumento mediador del crédito, utilísimo, cuando no indispensable, para el desarrollo comercial. La recepción de dinero procedente de clientes aumenta la liquidez bancaria y facilita su posterior concesión de préstamos y créditos personales o a corto plazo a clientes, que a su vez contribuye a la multiplicación futura del crédito y a aumentar la liquidez. Ésta viene asegurada administrativamente por unos mínimos (coeficiente de caja, que fija la autoridad monetaria) capaces de reembolsar los depósitos de los clientes. Sin embargo, el límite de crédito*

*bancario no es el importe de los depósitos: puede superarlo, pues la concesión de una línea de crédito no implica la disposición inmediata de todo el límite de crédito concedido. Las necesidades del comercio y de la industria hacen imprescindible, de otra parte, la concesión de créditos a largo plazo. De ahí que la Banca, distribuidora de ahorro privado, también facilite crédito financiero, sea invirtiendo sus recursos en carteras de valores, sea colocando o distribuyendo esas carteras. Por último, la actividad bancaria, que de hecho ha llegado a monopolizar el mercado del crédito, ha ejercido y ejerce también una poderosa influencia sobre la evolución de los sistemas monetarios, contribuyendo al abandono progresivo del dinero metálico y a su sustitución por el dinero papel (billetes de Banco) y por el dinero bancario (talones, cheques, letras, órdenes de transferencia, etc.), que moviliza los depósitos bancarios a la vista” (Cfr. Rodrigo URÍA. Derecho Mercantil. MP, 7 ed., Madrid, 2000, p. 844 y 846).*

Las manifestaciones concretas de la intervención regulatoria del Estado, se producen fundamentalmente en relación a las personas que pueden ejercer dichos actos, en la actividad bancaria propiamente dicha, así como en el control y las sanciones como consecuencia del incumplimiento de la normativa estatutaria correspondiente.

[omissis]

#### **B.2.- Regulación sobre el desarrollo la actividad bancaria.**

El estadio de normas estatutarias de derecho público, igualmente abarca la definición organizacional -vgr. Clases de instituciones financieras y su estructura- y funcional de la actividad bancaria, a los fines de encausar la actividad lucrativa de los agentes que participan en ella y su ineludible integración a los fines de establecer un sector bancario sólido, confiable y sustentable, que contribuya al desarrollo económico-social nacional en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para ello, se consagra un conjunto de normas que otorgan a los entes reguladores del sector, un conjunto de potestades normativas de naturaleza preventiva y correctiva, que fundamentalmente se ocupan de garantizar una política de diversificación de los riesgos financieros en la administración del negocio bancario, la solvencia y la liquidez de las instituciones bancarias, lo cual comporta o abarca todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico contable, legal y tecnológico de obligatoria observancia.

Ello se manifiesta fundamentalmente, a través de las llamadas normativas prudenciales definidas en el artículo 6 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, que son concebidas en palabras de Enrique MARSHALL como aquellas “*disposiciones orientadas a asegurar la correcta asignación de los recursos financieros, y a impedir la asunción de riesgos excesivos y su posterior transferencia, sin la voluntad explícita de las partes o sin la adecuada compensación económica, de las instituciones bancarias a los depositantes y de éstos a toda la sociedad*” (Cfr. Enrique MARSHALL RIVERA. *El Banco Central como Regulador y Supervisor del Sistema Bancario*. Mimeo. Ponencia presentada en la XXVII Reunión de Gobernadores de Bancos Centrales del Continente Americano. Santiago de Chile, 1991, en MARTÍNEZ NEIRA, Néstor H. *Ob., cit.*, p. 91).

Como resultado de las experiencias de la crisis sistémica de la banca de 1994 y de la actividad desarrollada por alguna de las instituciones bancarias intervenidas entre los años 2009 y 2010, se emprendieron procedimientos específicos para garantizar un capital adecuado de las instituciones financieras.

Al respecto, se ha señalado que estas reglas pretenden:

*“el establecimiento de una proporcionalidad entre el monto del patrimonio de los accionistas, que respalda el volumen de las operaciones del banco y el nivel de riesgo que asumen las instituciones por su actividad. Por definición conduce a la estructuración de un concepto dinámico de capital, en cuanto se deberá ajustar periódicamente en función del crecimiento del banco, cuya observancia determinará el nivel de solvencia bancaria (...).*

*...omissis...*

*Las reglas de solvencia enseñan que durante el funcionamiento de los bancos, debe existir igualmente una relación mínima entre el patrimonio de los accionistas y las operaciones que adelantan las respectivas instituciones. Así concebidas se trata de reglas de capital dinámicas, toda vez que en la medida en que crecen las entidades, sus accionistas deben ofrecer a terceros una mayor garantía patrimonial” (Cfr. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor H. Ob. Cit., p. 91 y 608).*

Así, desde las primeras regulaciones respecto del capital de las instituciones bancarias y, particularmente a partir de 1940 hasta la Ley de Instituciones del Sector Bancario -así como en la normativa contenida y dictada con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Regulación Especial de Protección a los Depositantes y Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 35.418 del 10 de marzo de 2004)-, se revela una constante preocupación con la ordenación de la solvencia bancaria, que pasó -en términos generales-, de una tímida regulación de los montos capital mínimo de los entes sometidos a dichas leyes, a una extensa y uniforme regulación como la contenida en la normativa estatutaria vigente. El ordenamiento jurídico estatutario de derecho público y, en particular, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, interviene transversalmente -en actividades que al margen del sector bancario son ejercidas bajo normas comerciales y sin mayores controles- tanto en el desarrollo y estructura propia de las personas jurídicas como de las naturales que participan en la intermediación financiera.

**La legislación muestra un creciente quebrantamiento con la tradicional concepción de autonomía e independencia de las formas societarias y la estructura patrimonial, para afincarse en conocimiento pleno de las personas naturales que en definitiva se benefician y dirigen las instituciones bancarias, lo cual se realiza no sólo a los fines de evitar la incorporación de personas no calificadas al sector bancario, sino en definitiva, a tener pleno conocimiento de aquellas que si bien cumplen formalmente con los requerimientos de ley, en caso de ser necesario puedan ser plenamente responsables por sus actos. Así se establecen obligaciones y limitaciones, tales como:**

[omissis]

[La Sala cita la sentencia N° 1178/09, Véase en *Revista de Derecho Público* N° 119, 2009, pp. 96 ss.]

Corolario de todo lo anterior, *es que desde el punto de vista de la política legislativa, la idoneidad del “banquero” que se regula en su acceso al sistema financiero, debe ser -y de hecho está- apalancado con la regulación de su actividad, en los términos antes señalados y, que desde una perspectiva global de la intervención estatal sobre el sector financiero propende a mantener la estabilidad financiera, lo cual se refleja en el control y supervisión de los participantes en la actividad financiera, mediante autoridades supervisoras, que tienen como objetivo el control del desenvolvimiento de la actividad de intermediación financiera, que en este caso es la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (Vid. Eduardo GAMERO CASADO: *La Intervención de Empresas. Régimen Jurídico Administrativo*. Editorial Marcial Pons. España, 2000 y MARTÍNEZ NEIRA, Néstor H. Ob. cit.).*

En tal sentido, e independientemente de otros sistemas de supervisión, desde finales del siglo pasado se ha elaborado el concepto de supervisión consolidada, que establece que los órganos o entes de supervisión, no deben tener como único objetivo verificar el cumplimiento de las normas de regulación prudencial por parte de los entes sometidos a su control o el resguardo de la solvencia de los mismos, sino que se extienden al grupo del cual forman parte, lo cual permite controlar la exposición global al riesgo.

La información contable consolidada, permite a la autoridad supervisora conocer la solvencia y liquidez de una entidad financiera, lo cual comporta el seguimiento de normas y técnicas contables de aceptación general a nivel internacional que posibiliten ejercer efectivamente el control correspondiente. La supervisión sobre base consolidada, implica la cooperación internacional, que en base a la reciprocidad en el suministro de información, se pueda acceder a la información de empresas constituidas en el exterior y tener un conocimiento real, sobre la solvencia integral del grupo financiero sometido a control. Por otra parte, se propende a la suficiencia del capital adecuado por consolidación o la posibilidad de determinar la solvencia, no sólo en base a la capacidad de pago de sus propias obligaciones, sino la misma capacidad de las entidades que conforma un grupo financiero y cuya solvencia compromete su estabilidad. Asimismo, se afirma que las entidades sometidas al correspondiente régimen estatutario de derecho público, deben distribuir sus carteras, a los fines de evitar la concentración en unos determinados sectores o clientes, que en caso de una crisis puedan afectar su condición financiera.

En consecuencia, la Sala advierte que los mecanismos de control de los que dispone la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, pueden agruparse en: (i) controles previos, relativos a la autorización de promoción y funcionamiento de la banca, (ii) controles ordinarios, ejercidos a través de la fiscalización y control del giro normal los bancos y (iii) controles excepcionales, siendo los dos últimos objeto de análisis, ya que consolidan la perspectiva que se vincula al desarrollo y responsabilidad de aquellos que participan en la actividad bancaria, tal como se señala en el siguiente punto.

4. *El control sobre la actividad bancaria*

TSJ-SC (439)

27-5-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

**La Sala Constitucional analiza la regulación sobre el control de la actividad bancaria y las sanciones como consecuencia del incumplimiento de la normativa estatutaria correspondiente.**

En cuanto al control ordinario, tenemos que el mismo consiste en la permanente vigilancia y supervisión que ejerce la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, sobre todas las instituciones bancarias durante sus operaciones ordinarias, con el objeto de determinar su sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que los rigen, para la defensa de los intereses del público y el buen funcionamiento del sector.

Para el logro de tales objetivos, la ley prevé un conjunto de mecanismos para la supervisión y corrección de las instituciones del sector bancario, dentro de las cuales son de destacar, las siguientes:

***i.- De las inspecciones.***

La ley otorga a la referida Superintendencia el más amplio e ilimitado derecho de inspección, vigilancia, supervisión y control, inclusive la revisión de todos los libros, prescritos o no por la ley que regula la materia mercantil, cuentas, archivos, así como los sistemas informáticos, documentos, bases de datos, dispositivos de acceso o almacenamiento magnéticos o electrónicos de datos, correspondencia electrónica o impresa y demás documentos relacionados con las actividades de las instituciones del sector bancario y de las personas sometidas a su vigilancia y control, sin que ello en ningún caso pueda considerarse como una limitación de los derechos fundamentales de los sujetos sometidos a supervisión.

Las inspecciones constituyen el primer eslabón del control directo del Estado sobre el sector bancario, ya que pueden realizarse en cualquier momento -al menos una inspección semestral debe efectuarse en cada una de las instituciones del sector bancario-, con el objeto de garantizar un conocimiento real y oportuno de la situación financiera y prestacional (relación con los usuarios del sistema) de las instituciones bancarias.

Por ello, la inspección se vincula directamente con la posibilidad de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de enviar a las instituciones copia del informe de la inspección con reserva de las partes que considere confidenciales y de dictar recomendaciones o instrucciones que estime convenientes.

Cabe acotar en este punto, que las instrucciones no son consecuencia necesaria de la actividad de inspección, sino que las mismas en los precisos términos del artículo 180 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, son una manifestación formal de las competencias de la Superintendencia frente a los entes sometidos a su control, cuando estas instituciones incumplieran la mencionada ley o cualquier norma aplicables, en especial como las referidas a los niveles de capital mínimo o a reducciones del capital social y, en el caso que *“la institución no acogiera en el plazo indicado las instrucciones impartidas, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario exigirá los programas de regularización que fueren necesarios y dispondrá todas aquellas medidas de carácter preventivo y correctivo e impondrá las sanciones pertinentes, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar”*.

Al respecto, la Sala advierte que la instrucción como acto administrativo típico de imposición de deberes de hacer, no hacer o de padecer, está estructurada como una de las manifestaciones típicas de la actividad de policía, es decir, de la actividad de vigilancia de todos aquellos servicios en los que estuviere involucrado el interés público, por lo que la efectividad del deber específico impuesto, implica que en caso de incumplimiento de la misma proceden medios de ejecución forzosa a cargo de la Administración y sanciones especialmente enérgicas (artículo 199 *eiusdem*).

También debe precisarse, que las recomendaciones formuladas por la Administración Bancaria a las instituciones sometidas a su control se definen por su elemento voluntario ínsito o de persuasión moral.

En el sector bancario origen y pervivencia de la figura de la *recomendación* quizás se encuentre en el funcionamiento del Banco de Inglaterra en el Reino Unido, como órgano principal de control del sistema financiero, que conservaba un sistema de supervisión y regulación informal que en lugar de recurrir a una regulación impuesta, era caracterizado por la discusión continua con la banca de los problemas del sector y sus posibles soluciones, con lo que se postulaba en el sentido más liberal del término una autorregulación de las instituciones involucradas, que fue abandonada entre otras circunstancias por la crisis de la denominada

banca secundaria durante el período de 1973 a 1975 y la caída de *Johnson Matthey Bankers (JMB)* en 1984, que dieron lugar a codificaciones normativas como la Ley Bancaria de 1987 y la Ley de Servicios Financieros de 1986.

Por su parte, en la doctrina italiana se prevén recomendaciones (“*diffida*”), que se transforman inmediatamente en órdenes, si aquellas no son voluntariamente acatadas, similares a la institución de la *intimación* prevista en el artículo 1.454 del Código Civil italiano.

Así, las recomendaciones son acto de invitación en el cual la Administración Bancaria, no acoge una postura coactiva en relación con el administrado, sino que manifiesta su voluntad de que se efectúe una conducta en particular, sin perjuicio de emprender posteriormente o en forma simultánea, una actividad destinada al cumplimiento de dicha conducta, como dictar instrucciones que incidan o comporten el cumplimiento de la recomendación.

Por lo tanto, cabe señalar que la negativa a cumplir una recomendación no debe generar *ipso facto* la imposición de sanciones, dado el carácter facultativo de la misma.

Vinculado con lo anterior, es el que dentro de la heterogeneidad de posiciones jurídicas en que se hallan los ciudadanos frente al Estado, cuya intensidad va en proporción directa al contenido del bien jurídico tutelable por la respectiva organización administrativa, las relaciones de policía administrativa sectorial son las más dinámicas y complejas, por la trascendencia del interés público allí presente. Así, la organización administrativa que sirve de autoridad de vértice debe estar en una constante actualización de los mecanismos por los cuales ejercen sus potestades técnicas de ordenación y ablación; todo ello, claro está en el marco del Principio de la Legalidad y respecto a la situación jurídica subjetiva del particular.

Sin embargo, las últimas premisas citadas pueden conciliarse con la labor de inspección y seguimiento permanente que hace la superintendencia de instituciones bancarias sobre el sector bancario; si ellas justifican la expedición (en ciertos casos) de actos administrativos sin procedimiento previo (doctrina norteamericana del “*pure administrative process*”), también (por razonamiento *a fortiori*) explicaría el hecho de que se formulen instrucciones de orden técnico contable (que no sanciones), en el marco de reuniones entre el supervisor y el respectivo banco o institución financiera (*Vid.* BERNARD SHUARTZ. *Administrative Law*. Boston 1.991, p. 230).

#### *ii.- De las Medidas Administrativas.*

Las medidas administrativas pueden calificarse como actos extraordinarios que proceden por la situación de especial gravedad en la que se encuentran las instituciones financieras, en tanto que Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario debe ordenar la adopción de una o varias medidas administrativas, cuando una institución del sector bancario en el desarrollo de su actividad incurra en los supuestos del artículo 182 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual regula una serie de supuestos vinculados a la estabilidad y solvencia de la banca, tales como dar fundados motivos para suponer que podría incurrir en situaciones de iliquidez o insolvencia que pudieran ocasionar perjuicios para sus depositantes o acreedores o para la solidez del sector bancario; conceder crédito a sus propios accionistas o a personas relacionadas con éstos, para cubrir los requerimientos de capital de la institución del sector Bancario; pagar, en cualquiera de las modalidades de las captaciones, tasas de interés muy superiores al promedio vigente en la institución bancaria en instrumentos semejantes, a ciertos depositantes, en concordancia a lo establecido como trato preferencial por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario en la normativa prudencial respectiva; omitir la declaración de activos o pasivos existentes o contabilizar activos o pasivos

inexistentes; ocultar, alterar o falsificar los libros o documentos de la institución del sector bancario, así como sus sistemas de información; no someter sus libros y negocios al examen de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o rehuir a tal sometimiento; presentar situaciones graves de tipo administrativo o gerencial, que afecten su operación normal, o la liquidez y solvencia o incurrir en fallas y desviaciones de carácter operacional en materia de tecnología de la información; cesar en el pago de las obligaciones con sus depositantes; mantener, durante al menos un mes, un patrimonio inferior al previsto en el artículo 50 *eiusdem*; incumplir los requerimientos de encaje legal y de posición en moneda extranjera en los términos establecidos por el Banco Central de Venezuela; presentar durante al menos un trimestre, un capital inferior al mínimo exigido en esta Ley para cada tipo de institución del sector bancario; perder o reducir en menos de un cincuenta por ciento (50%) su capital social; incurrir en notorias o reiteradas violaciones a la Ley de Instituciones del Sector Bancario, a las regulaciones del Banco Central de Venezuela, del órgano superior del sistema financiero nacional o las normativas o instrucciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario e; incumplir de manera reiterada con la adecuada atención al público a que se refiere la ley en su Capítulo II del Título V.

Sin embargo, no puede afirmarse que en el contexto legal exista respecto de las instrucciones una necesaria prelación frente a las medidas administrativas, en tanto que lo importante, es que los medios que asuma el Estado para afrontar cualquier situación de eventual inestabilidad o crisis del sistema financiero, sea efectiva; por lo que de conformidad con el artículo 180 *eiusdem*, éstas pueden plantearse de forma simultánea o independiente unas de otras, con lo cual su calificación de extraordinarias, está vinculada con la situación de la banca y no en relación a otras formas de actuación de la superintendencia (recomendaciones).

(omissis)

**iii.- La intervención, rehabilitación o liquidación de las instituciones del sector bancario o de sus empresas relacionadas.**

La Ley de Instituciones del Sector Bancario presenta los mecanismos de resolución para la intervención, rehabilitación o liquidación de las instituciones del sector bancario o de sus empresas relacionadas, la designación y deberes del administrador o junta administradora y, en ese marco vuelve a hacer hincapié en las características de aquellos que ocupen tales cargos mediante la regulación de un conjunto de supuestos de inhabilidad, vinculados nuevamente a presunciones respecto a su capacidad, al establecerse que:

*“No podrán ser administradores o administradoras o miembros de las juntas administradoras, directores o directoras de las instituciones en intervención, rehabilitación o liquidación, quienes para el momento en que se adopte cualquiera de las medidas previstas en el presente Título, o durante los dos años anteriores a la misma, sean o hayan sido presidentes o presidentas, vicepresidentes o vicepresidentas, directores o directoras, consejeros o consejeras o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, gerentes de área y secretarios o secretarias de la junta directiva, o cargos similares, de las instituciones bajo regímenes administrativos especiales, ni sus respectivos cónyuges, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.*

*Tampoco podrán serlo, quienes tengan vínculo conyugal o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, con el Presidente o Presidenta de la República, con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, con el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para las finanzas, con el Presidente o presidenta del Banco Central de Venezuela, con el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, con el Presidente o Presidenta del ente de regulación del mercado de valores, el Superintendente o Superintendente del sector seguros, el Superintendente o Superintendente de la Actividad Bancaria y Financiera,*

*con el Contralor o Contralora General de la República, con el o la Fiscal General de la República, con el Procurador o Procuradora General de la República, con el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, con los representantes de los gremios que agrupan a las instituciones del sector bancario o con algún miembro de la junta directiva de los citados sujetos” (Cfr. Artículo 247 eiusdem).*

Se reconoce la posibilidad de acudir a mecanismos extraordinarios de transferencia para que las instituciones del sector bancario, puedan realizar la transferencia total de sus activos y depósitos del público a las instituciones que hayan manifestado su interés en participar en dicho mecanismo.

Se establecen igualmente, los supuestos de procedencia para las intervenciones bancarias, los cuales nuevamente denotan que la aplicación de tales medidas se encuentra relacionada con el incumplimiento de las condiciones mínimas que el legislador concibe como necesarias para el mantenimiento de una actividad sustentable y responsable frente a sus usuarios, a saber:

- “1. La suspensión del pago de sus obligaciones.*
- 2. Incumplir durante la vigencia de las medidas administrativas con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o con lo dispuesto por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.*
- 3. Cuando capital social sea menos de la mitad del requerido para cada tipo de institución en los artículos 12, 13, 14 y 15 de la presente Ley.*
- 4. Pérdida o reducción de más del cincuenta por ciento (50%) capital social.*
- 5. La no reposición del capital social exigido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.*
- 6. Cuando no sea posible la aplicación de los mecanismos de transferencia” (Artículo 250 eiusdem).*

Se desarrolla el procedimiento de intervención (así como la rehabilitación o liquidación), el cual se caracteriza por “mantener a la institución bancaria bajo la administración de un administrador o junta administradora designada por el Estado a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, para garantizar que la institución conserve su giro comercial con el fin de que adecúe su actividad a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y supere la situación en la cual se encuentra” (Artículo 254 *eiusdem*), lo que denota una situación irregular que habilita al Estado a actuar en orden a **salvaguardar los derechos de los depositantes y agilizar la entrega de activos al Estado, en aquellos casos en los que corresponda.**

No sobra anotar entonces, que en ese contexto se establezca que si durante el proceso de intervención se estableciere que los activos de la institución del sector bancario de que se trate fueron transferidos a favor de terceras personas naturales o jurídicas de derecho privado, durante los ciento ochenta días continuos inmediatos anteriores a la fecha de la declaratoria de intervención, el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, debe solicitar al juez competente que dicte las medidas cautelares que estime pertinentes al caso, sin perjuicio de que el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios proceda de igual forma si detectó tal situación durante la fase de liquidación.

Coetáneamente, **se impone un deber al juez de tutelar efectivamente que los perjuicios que puedan ocasionar tales transferencias no se materialicen, sin partir para ello de los intereses de las partes involucradas en las relaciones contractuales en particular, sino en orden a prevenir daños a los usuarios -directos y potenciales- de la banca -**

**inmediatamente afectada por la medida o no-, como sector vulnerable en la actividad y que, por lo tanto, encuentra una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, con lo cual las medidas cautelares se mantendrán hasta que el juez o jueza establezca la legalidad y legitimidad de la operación.**

Por ello, también se prevé que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, instruirá a los administradores de las instituciones del sector bancario que se encuentren sometidos a las medidas señaladas en el artículo 182 *eiusdem* o ante cualquiera de los causales previstos en el artículo 247 *eiusdem*, que solicitarán autorización previa al ente de regulación para realizar cualquier transferencia de sus activos.

Ello se ratifica, en los supuestos de liquidación de la institución bancaria, conforme al cual se genera una obligación al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, de *“previa a la declaratoria de liquidación no voluntaria de una institución del sector bancario en la que aparezcan indicios de fraude bancario o financiero, deberá solicitar al juez o jueza competente medidas cautelares sobre los bienes de las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley de la institución del sector bancario declarada en liquidación no voluntaria, que hayan participado en los actos o en la administración que sean objeto de los indicios”* (Artículo 261 *eiusdem*)

(*omissis*)

#### **iv.- Las sanciones y los delitos bancarios.**

Dado que el fondo del asunto planteado, incide directamente en este punto, el mismo será abordado en un capítulo aparte más adelante en la presente decisión, pero es importante destacar, que la mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento del sistema bancario, se ha manifestado proporcionalmente en materia sanciones administrativas y delitos, que en términos generales extiende la responsabilidad, no a las personas naturales con participación en las infracciones, desde posiciones de dirección o administración en las instituciones del sector bancario, o en personas jurídicas vinculadas; sino también al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y al Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, y al personal de ambas instituciones, así como aquellas personas naturales o jurídicas designadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para actuar en su nombre, en la aplicación o supervisión de medidas administrativas, o como administrador o miembro de la junta administradora en regímenes especiales en instituciones bancarias.

Con ello se indica *per se*, **que en el ámbito bancario la legislación asume una visión integral de la responsabilidad derivada del funcionamiento del sistema, lo cual abarca no sólo a las actividades desarrolladas por el sector bancario propiamente dicho, sino además a los órganos y entes encargados de velar por la plena aplicación de las normas que informan ese ordenamiento jurídico estatutario de derecho público.**

Además debe destacarse que dada la naturaleza de la actividad bancaria, la cual debe fundamentarse en principios de confianza y buena fe, la legislación ha asumido desde sus orígenes un claro recelo por la preservación de la seguridad jurídica en dicho sector, que parte desde la simple afirmación imperativa, que sólo las instituciones autorizadas conforme a la Ley de Instituciones del Sector Bancario, podrán utilizar en su denominación, lemas comerciales, marcas, logotipos o documentación ordinaria o comercial, las palabras: “Banco Universal”, “Banco Micro financiero”, “Casa de Cambio”, “Operador Cambiario Fronterizo”, o términos afines o derivados de dichas palabras, o abreviaturas, hasta la extensa tipificación de infracciones y delitos contenidos en la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

**C.- De los principios de transparencia, democratización, sustentabilidad y responsabilidad de la actividad bancaria.**

El ejercicio e interpretación de las competencias antes mencionadas, tiene como parámetro los principios de transparencia, democratización, sustentabilidad y responsabilidad que deben informar toda la actividad bancaria.

(*omissis*)

En tal sentido, **la transparencia del sector**, se fundamenta en razones de orden público que no se vinculan a la común necesidad mercantil de los empresarios de contar con medios para la promoción y crecimiento de la actividad lucrativa, sino de ofrecerle a los usuarios y al Estado, suficientes elementos de juicio, que le permitan asumir decisiones informadas y responsables -*vgr.*, escogencia instituciones o de productos financieros- en la consecución de sus intereses -*vgr.*, mayor o menor rendimiento de sus inversiones- o en el ejercicio de sus competencias - *vgr.*, supervisión o control-. Es a partir de la transparencia, que debe generarse un grado de confiabilidad en el sistema bancario, en tanto que las variables que informan el funcionamiento de dicho sector -liquidez, solvencia- son suministradas por las propias instituciones sometidas a supervisión bajo un marco regulatorio, que debe garantizar que la información a ser suministrada sea: **confiable** en la medida que pueda reflejar la situación real de una institución o sector determinado de la banca; **plena** ya que debe abarcar todo aquello que pueda influir en la situación patrimonial de la banca y su estructura financiera -salvo las excepciones que la propia ley contempla, como el caso del sigilo bancario en los artículos 88 al 92-; **pertinente o útil**, ya que debe comportar no sólo una información actualizada que permita a los interesados -usuarios y administración- conocer elementos necesarios para la toma de decisiones, sino que además posibilite prever circunstancias que atenten contra la seguridad del sector y; finalmente, **comprensible** en tanto garantice más allá de los extremos técnicos o contables que requiere el desarrollo de la actividad bancaria, que los usuarios puedan efectivamente ponderar los datos dados y les permita tomar decisiones informadas.

(*omissis*)

Por estas características, la **sustentabilidad** que debe prevalecer en todo sistema bancario, adquiere particular relevancia en el ordenamiento jurídico vigente desde la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto se deben disponer de condiciones que permitan una mejor dispersión de los riesgos en el sector bancario y financiero en general, que logre contrarrestar los efectos perjudiciales derivados de las crisis que se generan cuando se deterioran los activos bancarios por motivos de la actividad crediticia relacionada a determinados sectores económicos. Ello se ha logrado mediante las previsiones legales y prudenciales antes señaladas, pero comporta de igual forma un redimensionamiento del crédito y de instituciones vinculadas al mismo, en tanto el crédito es concebido como la capacidad de adquirir dinero o especies, a cambio de una promesa de pago o una obligación de entregar algo a cambio en una fecha determinada y bajo ciertas condiciones previamente pactadas, que permite un flujo de capital no sólo del acreedor respecto de sus bienes, sino la posibilidad que tiene una persona, a pesar de carecer de liquidez, de generar inversiones y aumento del producto de los capitales no sólo del deudor, sino de terceros que pueden beneficiarse sobre la inversión de dicho capital. El crédito, aumenta la utilidad del capital y el capital mismo, por cuanto es un efecto multiplicador de éste, en virtud de que el capital pasa del poder de una persona u organización que lo mantiene inactivo a las de un empresario o personas que lo utilizarán en la producción de bienes de consumo o desarrollo de sus actividades comerciales o personales, generando un influjo en el desarrollo económico de la sociedad.

En función de ello, la Sala ha estimado necesaria la existencia de un sistema de administración de riesgos crediticios, el cual no es excluyente de nuestro ordenamiento jurídico sino que por el contrario, el mismo tiene eco en una gran mayoría de los países, siendo su personalidad pública o privada diferente en diversos sistemas o estando presente la concurrencia de ambas (vgr. Argentina), con la finalidad de asegurar la rentabilidad en la prestación del capital y la disminución del incumplimiento o fallos de los deudores que perjudiquen el interés general y el capital productivo de las instituciones financieras.

Así, ciertamente, se aprecia que “la incertidumbre y el riesgo se encuentran presente en todos los sectores de la vida cotidiana del ser humano, no obstante, en virtud de su funcionalidad e importancia, la disminución del mismo se hace necesaria en atención a la situación financiera y económica del país y la fluctuación de los depósitos, por cuanto el rendimiento de los bancos es un valor reducido y la operatividad de los mismos con el capital de los ahorristas, los cuales pueden exigir su capital inmediatamente” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 4.975/05).

En virtud de ello, se hace necesario destacar que incluso el Nuevo Acuerdo de Capital Basilea II, ha establecido un sistema de medición de riesgos con la finalidad de disminuir los mismos, ya que el no control y previsibilidad de éstos no se solventa sólo con un aumento del capital, sino que “(...) *será necesario considerar otras posibilidades de tratamiento del riesgo, como el fortalecimiento de la gestión de riesgos, la aplicación de límites internos, el refuerzo del nivel de las provisiones y reservas, así como la mejora de los controles internos. Además el capital no deberá ser considerado como una excusa para no solucionar procesos de control o de gestión del riesgo inadecuados*”. (Vid. Párrafo 682 de la propuesta para el Nuevo Acuerdo de Basilea citado por LEÓN OTERO, Ricardo; *Nuevo Acuerdo de Basilea: Aspectos Críticos y Desafíos para su Implantación en Colombia*, en II Congreso de Riesgos Financieros).

Adicional a ello, se advirtió que la disponibilidad del crédito está ligada al comportamiento de la economía, por lo tanto el riesgo interno del país influye en la calificación de riesgo crediticio “en un determinado momento, datos históricos en el historial crediticio que no son suministrados ni adecuados ante una posible falta de cumplimiento en la obligación contractual (vgr. Inflación, aumento desacerbado de las tasas de interés), o situaciones determinadas declaradas inconstitucionales posteriores a la situación de morosidad aparente que pueda tener un determinado ciudadano o sociedad mercantil (vgr. Créditos indexados). Los sistemas de administración de riesgos i) contribuyen a dar estabilidad a los sistemas financieros, con la advertencia de que no obstante los mismos no eliminan totalmente los riesgos crediticios sino que los disminuyen; ii) se conciben como un instrumento que garantiza un nivel de rentabilidad, debido a que permite evaluar si el capital que tiene determinada entidad es el adecuado para asumir los riesgos que afronta; iii) la medición veraz y acertada de los riesgos puede generar mayores costos para los deudores en relación con su nivel de riesgo, en virtud de que su utilización y evaluación requieren de una alta capacidad técnica de los operadores ya que su éxito está basado en la precisión y consistencia y, por ende, en su capacidad para diferenciar y advertir el nivel de riesgo” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 4.975/05).

En conclusión, los sistemas de información de riesgos permiten, no sólo una mejor operatividad de las instituciones financieras al momento de otorgar un crédito, sino que a su vez tienen un efecto expansivo con respecto a los usuarios que necesiten el otorgamiento de un crédito, y ante el posible agotamiento de la cartera crediticia y su incertidumbre en la recuperación de los mismos, se afecte el desarrollo como el mantenimiento económico de los usuarios de la economía financiera del país.

5. *Régimen de los servicios públicos*

TSJ-SC (597)

26-4-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia

**El artículo 156.29 de la Constitución permite al legislador nacional definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de servicios públicos domiciliarios, siendo el fundamento de tal asignación de la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal y municipal viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.**

Los artículos 25 (numerales 1 y 6) y 26.28 de la Constitución del Estado Zulia establecen, lo siguiente:

*“Artículo 25.- Es competencia exclusiva del Estado:*

*1. Dictar su Constitución para organizar los Poderes Públicos;*

*(...)*

*6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal”.*

*...omissis...*

*Artículo 26.- Es competencia del Estado Zulia, en concurrencia con el Poder Nacional o el Municipal, entre otras:*

*...omissis...*

*28. El régimen estatal de los servicios públicos y en especial, electricidad, agua potable y gas”.*

Con relación a los artículos parcialmente transcritos, se alegó que la Constitución del Estado Zulia establece como competencia exclusiva del estado la potestad de dictar su Constitución para organizar sus poderes públicos y que organizará la policía y determinará las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal (artículo 25, núm. 1 y 6); también en concurrencia con el Poder Nacional o el Municipal será competente para el régimen estatal de los servicios públicos y en especial, electricidad, agua potable y gas (artículo 26, núm. 28), con lo que se violan los artículos 178 y 156, numeral 29, de la Constitución de la República.

En primer lugar, respecto a la denuncia respecto al artículo 25.1 de la Constitución del Estado Zulia, esta Sala se limita a señalar que cuando el numeral 1 del artículo 164 de la Constitución vigente, establece que *“Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1.- Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con esta Constitución”*, y el numeral 1 del artículo 162 *eiusdem*, atribuye competencia a los Consejos Legislativos para *“(…) Legislar sobre las materias de la competencia estatal”*, evidencia claramente que la competencia de los Consejos Legislativos para dictar las constituciones estatales que corresponda a su entidad federal es plena, por lo que de acuerdo a asertos asumidos en la presente decisión respecto al alcance y naturaleza jurídica de las constituciones estatales, se estima innecesario formular consideración alguna respecto a la denuncia formulada por ser

manifiestamente improcedente y, así se declara. Igualmente, en cuanto al artículo 25.6 de la Constitución del Estado Zulia no advierte disconformidad alguna con el Texto Fundamental, en la medida que el mismo reproduce casi textualmente el artículo 164.6 del Texto Fundamental, el cual establece que “*la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable*”, por lo que se desestima la denuncia formulada y, así se declara.

Finalmente, en torno al artículo 26.28 de la Constitución del Estado Zulia la Sala considera igualmente pertinente reiterar, que el régimen constitucional de distribución territorial de competencias no admite una interpretación que postule una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias, toda vez que tal arquetipo de comprensión del ordenamiento jurídico constitucional, es refutado por el contenido del artículo 4 de la Constitución, el cual establece que la República Bolivariana de Venezuela, es un Estado “*federal descentralizado*” en los términos en ella consagrados, y que se rige por los principios de “*integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad*”, tal como se estableció en las sentencias de esta Sala Nros. 2.495/06 y 565/08, las cuales desarrollan la naturaleza de nuestro sistema federal.

Así, esta Sala comparte el criterio conforme al cual “*la función más importante de esta Corte consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la amalgama perfecta que Alberdi propiciaba mediante la coexistencia de dos órdenes de gobiernos cuyos órganos actuarán en órbitas debiendo encontrarse sólo para ayudarse nunca para destruirse (Fallos, 186:170; disidencia de los doctores Corvalán Nanclares y Mansanilla en Fallos, 292:26, considerando 18)*” -Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 347-348-

En tal sentido, si bien el régimen general de regulación de los servicios públicos es competencia del Poder Público Nacional, conforme al artículo 159.29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual debe establecer el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas; igualmente la Constitución reconoce a los estados en su artículo 164.8 *eiusdem* “*la creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales*”; todo ello sin perjuicio de la competencia de los municipios en el “*el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios*”; o del desarrollo de procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales -artículo 184.6 *eiusdem*-.

Ciertamente, sobre las materias antes mencionadas los distintos niveles de ejercicio del Poder Público son competentes en diversos grados sobre tales actividades, pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general en la materia servicios públicos domiciliarios. Asimismo, resulta oportuno destacar que la legislación marco que norma aspectos referidos tales servicios públicos, se realiza igualmente en el ejercicio de una potestad que la Constitución clara y directamente le atribuye al legislador nacional -vgr. Leyes dictadas por la Asamblea Nacional o Decretos Leyes del Presidente de la República-, toda vez que dicha potestad legislativa procedería a juicio de esta Sala, independientemente de la afirmación contenida en el artículo 164.8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al ejercicio de la competencia de los Estados, ya que es de distinto alcance y contenido, en la medida que condiciona y particulariza las competencias en tales materias.

Así pues, el artículo 156.29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite al legislador nacional definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de servicios públicos domiciliarios, siendo el fundamento de tal asignación de la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal y municipal en los términos expuestos, viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales del Estado, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplieguen los restantes entes u órganos encargados de la prestación directa del servicio correspondiente.

En tal sentido, visto que desde una perspectiva constitucional respecto a la prestación de los servicios públicos existe un régimen de competencias concurrentes, esta Sala estima que la declaratoria comprendida en la norma impugnada no contraría el contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo en todo caso deber de los órganos que integran el Poder Público Estatal, atenerse a las limitaciones y alcances precisos de las atribuciones que la legislación nacional de desarrollo, le reconozca en tales ámbitos -procesos de descentralización o cogestión, entre otras-; por lo tanto, esta Sala desestima la denuncia formulada y, así se declara.

## V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. *El Procedimiento Administrativo*

#### A. *Derecho de los administrados: Derecho al debido proceso*

CSCA

21-6-2011

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda.

**Habiendo denunciado la parte recurrente la violación del debido proceso porque la Administración no articuló una cognición previa a los fines de dictar el acto administrativo que revocó la autorización otorgada para instalar las estructuras de seguridad, la Sala señala que en casos muy especiales existe la posibilidad de la subsanación de la indefensión en sede administrativa por medio de la intervención de los interesados en las sucesivas vías del recurso administrativo y, aún, del contencioso administrativo.**

Ahora bien, con sujeción a las apreciaciones precedentemente expuestas, la Corte centra su análisis en el caso de autos y verifica que, ciertamente, la Administración no efectuó procedimiento previo alguno para el dictamen de la Providencia N° 1.994 del 19 de noviembre de 2003, mediante la cual -de oficio y por la ocurrencia de un supuesto de nulidad absoluta- revocó la autorización otorgada a los habitantes de la Urbanización “La Estancia” para la instalación de las rejas o el portón en su calle de entrada hacia la zona. Así pues, por la falta del requisito formal que previamente se delató le correspondería en principio a esta Corte

ordenar la instrucción de un procedimiento que permita a la Administración obtener elementos de las partes involucradas y dictar, una vez recabado lo pertinente, el respectivo acto administrativo donde se contrapongan y se aborden las posiciones que intervinieron e debatieron durante el trámite administrativo, a través de las distintas fases que la ley concede. No obstante tal circunstancia, debe este Órgano Judicial señalar, tal como se precisó mediante sentencia del 3 de julio de 2007, caso: María Isidora Benítez Elizondo Vs. Instituto Nacional del Menor (INAM), que el derecho a obtener una sentencia de fondo, cuando se encuadra dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, impone además la existencia de garantías que van más allá de la necesidad de obtener un fallo judicial sobre el tema controvertido.

En tal sentido, a los fines de resguardar de manera efectiva la tutela judicial que orienta desde el prisma constitucional la actividad jurisdiccional dispensada por los Jueces de la República, es necesario que la sentencia sea obtenida con la mayor prontitud posible, se sustente en un ajustado criterio de juzgamiento por parte del sentenciador y que la posición adoptada comprenda todos los mecanismos necesarios con el propósito de proteger la situación jurídica que se denuncia como infringida o vulnerada, especialmente en los casos que, como el presente, esta Corte considera cuenta con elementos de convicción suficientes en el expediente para decidir el fondo del asunto. En este orden de ideas, debe indicarse que el contencioso administrativo obliga a que la decisión definitiva que se dicte, en la medida de lo posible, no pueda limitarse a la constatación de posibles vicios de forma que acarrear la nulidad del acto administrativo impugnado, pues si bien, luego de tal constatación, la magnitud del vicio presente podría acarrear la nulidad efectiva de dicho acto, con ello se evadiría un pronunciamiento que aborde el mérito o los aspectos de fondo que contiene el mencionado acto, siendo que, en muchas oportunidades, en atención a las actuaciones que obren en autos, existen elementos de juicio suficientes que le permiten al juzgador emprender una actividad que atienda a realizar un control integral de acto recurrido en sede judicial y no de sus elementos meramente formales. Lo anteriormente expuesto encuentra mayor significación en casos como el de autos, donde se encuentra en juego la valoración y ponderación de derechos constitucionales colectivos (que desde una perspectiva se sitúan quienes impugnan, alegando su derecho a la seguridad ciudadana, y por la otra, las circunstancias verificadas por la Administración, donde se detectó un aparente menoscabo del derecho al deporte, entre otros) que irreductiblemente han de resolverse en la forma más integral posible, pues sin su debida protección, prácticamente desaparecerían o resultaría imposible una protección eficaz. Por tanto, en estos supuestos resulta necesaria una hermenéutica que acople los enunciados constitucionales y los derechos colectivos, en aras de pronunciar una decisión que ciertamente se adapte a las necesidades sociales imperantes, más allá de los aspectos formales e individuales que puedan sobresalir en el análisis de las circunstancias del caso particular presentado. De manera pues que, las exigencias en la actividad de los órganos encargados del control jurisdiccional de la Administración Pública, tienen como fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que litiga frente a aquella por considerar lesionados sus derechos, dado que, en ocasiones, el juez encuentra que puede emitir un pronunciamiento que penetra en la materia de fondo del acto administrativo impugnado, por así permitírsele el análisis de las pretensiones procesales de cada una de las partes y el cúmulo de medios probatorios aportados a los autos como fundamento de ellas, de manera que, en tales casos, a pesar de haberse encontrado un vicio de forma, que debido a su magnitud produce la nulidad de dicho acto, la actividad de control jurisdiccional no debe bastar ni considerarse plena, sino, por el contrario, el juez debe ahondar en su función de control, ello por cuanto la decisión del asunto se presenta latente al final del proceso y, además de ello, por cuanto es necesario adoptar tales medidas como único mecanismo disponible para garantizar la efectividad de la tutela judicial y, con ello, revisar la situación jurídica individualizada. Aunado a las anteriores considera-

ciones, debe esta Corte destacar que los efectos invalidantes del acto administrativo impugnado, por efectos de indefensión del interesado, como regla general, permitirá a la Administración la reconstrucción de la serie procedimental para integrar el trámite omitido o corregir el vicio formal de que se trate y, de este modo, adoptar finalmente una nueva resolución sin vicios procesales. De esta forma, sería posible la reposición del procedimiento administrativo al estado en que sea subsanado dicho vicio, esto es, al momento en que se permita al interesado participar en el iter procedimental para la toma de la decisión, o bien, en los casos en que tales actuaciones previas no se hayan verificado, existiendo por tanto una carencia absoluta de procedimiento administrativo, podría ordenarse la sustanciación del mismo, tal y como se ha ordenado en casos similares como el de autos (*Vid.* Sentencia N° 2008-1241 de fecha 7 de julio de 2008, dictada por esta Corte, caso: *José Reinaldo Rodríguez Ramírez vs. Gobernación del Estado Táchira*). Es por ello que, en la medida en que la debida instrucción del expediente administrativo, salvaguardando esta vez los derechos constitucionales del afectado, produzca un resultado idéntico al impugnado en sede judicial, cabe suponer que el interesado afectado recurra nuevamente al auxilio de los órganos jurisdiccionales para impugnar una resolución igual a la que se viene combatiendo. Por este motivo, el principio de economía procesal aconseja huir de un simple pronunciamiento de nulidad formal de actos y actuaciones y evitar así la sustanciación de un nuevo pleito sobre un objeto ya conocido. Así, con fundamento en una presunción del órgano jurisdiccional que le permite suponer que la sola nulidad del acto administrativo impugnado por motivos procesales conduciría a que la Administración reconstruya -o construya de cero- el expediente administrativo con miras a emitir una decisión idéntica a la impugnada, se articula el principio de economía procesal como un medio que impone, en tales casos, entrar a conocer del contenido material del acto administrativo atacado; todo ello, tal como se especificó con anterioridad, como único mecanismo para garantizar a la parte lesionada en su esfera jurídica, un ajustado y pleno respeto a la tutela judicial efectiva. En consonancia con lo anterior, y habiendo denunciado la parte recurrente la violación del debido proceso porque la Administración no articuló una cognición previa a los fines de dictar el acto administrativo que revocó la autorización otorgada para instalar las estructuras de seguridad, debe señalarse que la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, ha admitido, aunque en casos muy especiales, la posibilidad de la subsanación de la indefensión en sede administrativa por medio de la intervención de los interesados en las sucesivas vías del recurso administrativo y, aún, del contencioso administrativo. En este sentido, señaló la sentencia N° 1248, de fecha 20 de junio de 2007, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (caso: *Fisco Nacional vs. Agencias Generales Conaven, S.A.*) que: "(...) esta forma de imposición no entraña a juicio de este máximo órgano jurisdiccional, lesión alguna del derecho a la defensa y al debido proceso de los administrados, pues si bien no [participó] en el Procedimiento formativo del acto (...) [pudo] hacer valer contra éste los medios recursivos permitidos por la ley, bien mediante un procedimiento administrativo impugnatorio de segundo grado (recurso jerárquico) o mediante el ejercicio del mecanismo jurisdiccional (Recurso contencioso [administrativo])". (Corchetes de esta Corte) Más allá de que la tesis de la subsanación de la indefensión mediante el ejercicio de los recursos administrativos y/o judiciales haya sido acogida por nuestro Máximo Tribunal, la aplicación de tal teoría parece aconsejable en supuestos como el que nos ocupa, donde tanto el recurrente como la Administración -a través de las instancias judiciales- han podido exponer de manera suficiente su respectiva argumentación con respecto al problema de fondo debatido. En estos casos, la reposición de las cosas al estado en que la Administración de apertura al procedimiento originalmente omitido resultaría francamente inútil, toda vez que se habría consumado la finalidad de la institución procedimental, una vez que al recurrente se le ha permitido participar en defensa de sus derechos e intereses. En criterio de esta Corte, difícilmente la sustanciación de

un procedimiento administrativo permite la aportación de nuevos elementos de juicio que fundamenten las posturas de las partes en cuanto al tema de fondo que se debate. En estos supuestos, el procedimiento administrativo carecería de objeto. Atendiendo a las consideraciones antes desarrolladas, estima esta Corte que en el presente caso, si bien la Administración no sustanció como es debido un procedimiento, en todo caso, la parte accionante expuso y presentó -a través del ejercicio oportuno del recurso de autos- los alegatos y pruebas en que funda su pretensión, haciendo desaparecer así la situación de indefensión originaria y, más concretamente, cualquier duda sobre su posición jurídica en torno al supuesto encontrado en autos. En este sentido, el Tribunal Supremo Español, mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 1993, señaló, pronunciándose sobre el caso concreto sometido a su conocimiento, que “es necesario razonar que la interesada mediante el ejercicio de los oportunos recursos, ha podido combatir la decisión y el mencionado documento, haciendo desaparecer la pretendida situación de indefensión no siendo necesario la retroacción del expediente para que dicho defecto se subsane”. Asimismo, mediante sentencia de fecha 26 de marzo de 1999, el mismo Tribunal Supremo sostuvo que “(...) este criterio de subsanación de la falta de audiencia por medio de la interposición y decisión del oportuno recurso, ha sido mantenido por el Tribunal Constitucional mediante sentencia 314/1994, de 28 de noviembre, afirmando que el olvido del trámite de audiencia antes de dictar una resolución (...) no es suficiente para provocar la indefensión, ya que la parte, a través de dos recursos, uno ante el mismo Juez y otro en alzada, pudo desplegar el abanico dialéctico ad hoc adecuado al caso y, en suma ejercitar sin limitación alguna el derecho a la defensa” (*Vid.* CIERCO SIERA, César. *Op. Cit.* p. 370 y 371). Por otra parte, el referido Tribunal Constitucional español, mediante sentencia Número 3 1/1989 de fecha 13 de febrero de 1989, ha admitido que “(...) si bien la indefensión puede originarse a lo largo de todo el iter procesal y puede, por consiguiente, apreciarse en cada instancia, en ocasiones, en el seno del mismo proceso y en una fase posterior aparecen -y deben aprovecharse- posibilidades de reparar la indefensión inicial facilitando así el que los órganos judiciales corrijan de oficio o a instancia de parte el error o la omisión padecida”. Con apoyo de los anteriores lineamientos, a juicio de esta Corte, en casos como el presente no debe quedar irresoluto el problema de fondo, en virtud de que existen y se tienen los elementos suficientes para decidir sobre el mismo; con ello, se puede satisfacer el mandato constitucional contenido en el artículo 257, el cual concibe al proceso como un auténtico instrumento fundamental para obtener la realización de la justicia. Así se decide (*Vid.* sentencia N° 2007-01208 dictada por esta Corte el 3 de julio de 2007, caso: *María Isidora Benítez Elizondo vs. Instituto Nacional del Menor INAM*).

B. *Potestad discrecional. Conceptos jurídicos indeterminados*

**TSJ-SPA (633)**

**12-5-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Globovisión vs. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

**Dentro de la discrecionalidad, existen situaciones en las que habrá pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración, y existirán también situaciones en las que no habrá más que una solución justa, no definida por la ley, establecida por conceptos jurídicos indeterminados, en la cual la Administración deberá decidir atendiendo a criterios objetivos que desarrollen tales conceptos, y al espíritu, propósito y razón de la normativa respecto de los conceptos que ésta no determina.**

.....3.- Falso supuesto de derecho

Respecto al mencionado vicio esta Sala ha establecido lo siguiente:

*“(...) El falso supuesto de derecho (...) tiene lugar cuando la Administración se fundamenta en una norma que no es aplicable al caso concreto o cuando se le da a la norma un sentido que ésta no tiene. En ambos casos, se trata de un vicio que al afectar la causa del acto administrativo acarrea su nulidad, por lo cual es necesario examinar si la configuración del acto administrativo se adecuó a las circunstancias de hecho probadas en el expediente administrativo y, además, si se dictó de manera que guardara la debida correspondencia con el supuesto previsto en la norma legal. (vid. sentencias de esta Sala números 1949 del 11 de diciembre de 2003, 423 del 11 de mayo de 2004, 6507 del 13 de diciembre del 2005 y 2189 del 5 de octubre de 2006). (...)” (Sentencia N° 0017 del 12 de enero de 2011).*

En el presente caso la recurrente aduce que la Administración incurrió en falso supuesto de derecho por considerar que dispone de una potestad discrecional para la calificación de los mensajes y para ordenar su transmisión gratuita.

En este sentido la accionante arguyó que según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión aplicable *ratione temporis*, sólo existe discrecionalidad en cuanto a hacer uso o no de los espacios gratuitos y obligatorios previstos en dicha norma; que dicha potestad discrecional no abarca la calificación del mensaje (como una alocución oficial o un mensaje cultural, educativo, informativo o preventivo de servicio público), por lo que debe la Administración contrastar si el contenido del mensaje está o no dentro de las definiciones establecidas en el artículo 5 *eiusdem* y en las Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio, Televisión y Difusión por suscripción para ordenar su transmisión gratuita; que al estar en presencia de una facultad reglada bien puede el juez contencioso administrativo revisar la calificación de esos mensajes realizada por la Administración en los actos impugnados.

Al respecto se observa que el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión aplicable *ratione temporis*, que se transcribe nuevamente, dispone lo siguiente:

*Artículo 10.- “El Estado podrá difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y televisión. A tales fines, podrá ordenarle a los prestadores de estos servicios la transmisión gratuita de:*

*1.- Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La orden de transmisión gratuita y obligatoria de mensajes o alocuciones oficiales podrá ser notificada válidamente, entre otras formas, mediante la sola difusión del mensaje o alocución a través de los servicios de radio o televisión administrados por el Ejecutivo Nacional.*

*2.- Mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, los cuales no excederán, en su totalidad, de setenta minutos semanales, ni de quince minutos diarios. A los fines de garantizar el acceso a los servicios de radio y televisión, el órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, cederá a los usuarios y usuarias diez minutos semanales de estos espacios, de conformidad con la ley.*

*El órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, estará a cargo de la administración de estos espacios, determinando los horarios y la temporalidad de los mismos, así como cualquier otra característica de tales emisiones o transmisiones. No está permitida la utilización de estos espacios para la difusión de publicidad o propaganda de los órganos y entes del Estado.*

*Los prestadores de servicios de radio o televisión y difusión por suscripción no podrán interferir, en forma alguna, los mensajes y alocuciones del Estado que difundan de conformidad con este artículo, y deberán conservar la misma calidad y aspecto de la imagen y sonido que posea la señal o formato original.*

*Se entiende como interferencia de mensajes la utilización de técnicas, métodos o procedimientos que modifiquen, alteren, falseen, interrumpen, editen, corten u obstruyan, en forma alguna, la imagen o sonido original.*

*Los prestadores de servicios de difusión por suscripción cumplirán la obligación prevista en el numeral 1, a través de un canal informativo, y la prevista en el numeral 2, la cumplirán a través de los espacios publicitarios que dispongan en cada canal que transmiten. Los setenta minutos semanales se distribuirán entre los canales cuya señal se origine fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la ley.” (Resaltado de la Sala).*

La citada norma establece, como ya se dijo, la facultad del Estado de ordenar y la obligación para los prestadores de servicios de radio y televisión de transmitir gratuitamente los siguientes tipos de mensajes: **1)** las alocuciones oficiales (previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), y **2)** los mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público.

El precepto transcrito establece que el órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, es decir, el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información tendrá a su cargo **la administración** de estos espacios, determinando **los horarios, la duración**, así como **cualquier otra característica** de tales emisiones o transmisiones.

Con fundamento en lo expuesto, el mencionado despacho decidirá dentro de la gama de mensajes que remiten los órganos de la Administración Pública para ser transmitidos con fundamento en dicho artículo, cuáles serán transmitidos, cuándo y por cuánto tiempo.

Asimismo, conforme a la citada regulación el referido Ministerio podrá establecer otras características de dichos mensajes audiovisuales tales como que habrán de llevar determinadas “cortinas musicales”, que deberán ser solicitados con un tiempo determinado de antelación a la fecha en que se espera sean transmitidos, con el deber de transmitirlos en formato DVD a la dependencia del precitado Ministerio que se determine. En este sentido, la Sala ha tenido conocimiento a través de la página web [www.leyresorte.gob.ve](http://www.leyresorte.gob.ve), que existe incluso un “**INSTRUCTIVO para pautar Mensajes Institucionales a través del citado Artículo 10 de la Ley Resorte**”, en el que se establecen todas esas “**otras características**” que deben cumplir los mensajes que los entes y organismos de la Administración Pública Nacional solicitan sean transmitidos gratuitamente.

Lo expuesto conduce a la Sala a concluir que sí existe una potestad discrecional de la Administración para decidir qué mensajes se transmiten (contenido), cuándo (oportunidad) y cómo (modo), **discrecionalidad** que obviamente estará sujeta a las previsiones del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual “**Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.**” (Resaltado de la Sala).

En cuanto a si existe discrecionalidad o no para que la Administración califique los mensajes como culturales, educativos, informativos o de servicio público, la Sala observa que la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, no defi-

ne qué debe entenderse por mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público. En este caso, como siempre, la interpretación corresponde al intérprete, a menos que esas definiciones consten en normas de rango sublegal.

Con respecto a la discrecionalidad y a como ha sido entendida ésta, la Sala ratifica lo expuesto en sentencia de fecha 01 de agosto de 1991, caso: *R.C.T.V. La Escuelita*, oportunidad en la cual expresó:

*“(…) la discrecionalidad puede entenderse de dos maneras distintas, y de hecho, en su jurisprudencia, así lo ha interpretado esta Corte: unas veces como pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración (sentencia S.P-A del 05-05-83, caso: ‘C.A. RADIO CARACAS TELEVISIÓN’ programa ‘Hola Juventud’); y otras como ausencia de previsión directa de la única solución justa, por la ley. En este último sentido la entendió la Sala, por ejemplo, en el fallo recientemente citado (del 11-12-90) y en la sentencia del 02-11-82 (caso: ‘Depositaria Judicial’), al señalar que todo acto administrativo tiene aspectos tanto reglados como discrecionales, siendo por tanto controlable por el juez. En realidad, existen situaciones en las que no hay más que una solución justa y, en consecuencia, no se da la discrecionalidad en el primer sentido, el más propio, pero sí en el último; tal es el caso, precisamente, de los supuestos de hecho subsumibles en los conceptos jurídicos indeterminados.*

*Podría parecer que las señaladas potestades de la Administración son excesivamente amplias. Existen, sin embargo, razones que fundamentan tal amplitud, además de las ya apuntadas (autotutela del servicio público), y que llegan a sustentar la existencia de una verdadera policía de espectáculos. (...) la Sala considera conveniente realizar algunas precisiones:*

*a) La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede per se discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues –como lo ha dejado establecido ya la Corte– la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo de 1983, citada).*

*Considera por tanto la Sala que incurre la accionante en contradicción, como se desprende de lo expuesto, al alegar violación de los límites de la discrecionalidad y, al mismo tiempo, que la ‘contrariedad a la moral pública’ es un concepto jurídico indeterminado en el que no es subsumible el supuesto de autos, razón por la cual procedía –siempre según su alegato– la suspensión del número ‘La Escuelita’ (...)”.* (Resaltado de la Sala).

Conforme al fallo citado, todo acto administrativo tiene aspectos reglados y discrecionales siendo por tanto controlable por el juez contencioso administrativo. Dentro de la discrecionalidad, el referido fallo distingue situaciones en las que habrá pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración, y existirán también situaciones en las que no habrá más que una solución justa, no definida por la ley, establecida por conceptos jurídicos indeterminados, en la cual la Administración deberá decidir atendiendo a criterios objetivos que desarrollen tales conceptos, y al espíritu, propósito y razón de la normativa respecto de los conceptos que ésta no determina.

En el presente caso, como ha sido precisado antes, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, no define qué debe entenderse por mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público.

No obstante lo expuesto, se observa que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) dictó una **regulación** denominada

**“Normas Técnicas sobre definiciones, tiempo y condiciones de la publicidad, propaganda y promociones en los servicios de radio, televisión y difusión por suscripción”**, cuya reforma fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.352 del 06 de enero de 2006.

El objeto de estas normas es *“desarrollar definiciones, tiempos y condiciones para la publicidad, propaganda y promociones, establecidos (sic) en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión”* (artículo 1 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

Las referidas disposiciones prevén lo siguiente:

*Artículo 2.- “Definiciones*

*A los efectos de las presentes normas y de la interpretación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se establecen las siguientes definiciones:*

*1.- Publicidad: (...)*

*9.- Mensaje de servicio público de los prestadores de servicios: mensaje de interés general de solidaridad y asistencia humanitaria.*

*10.- Mensajes institucionales: mensajes de interés general sin fines comerciales cuyo objetivo sea promover obras y campañas de beneficio social. (...)”* (Resaltado de la Sala).

Como puede observarse de los cuatro (4) tipos de mensajes previstos en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, cuáles son culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, las precitadas normas sólo definen las últimas categorías mencionadas de mensajes, según consta en la transcripción de arriba, pero no contienen definición alguna del resto, ni tampoco parámetros de comparación que puedan ser aplicables en la propia normativa analizada.

Entonces corresponde a la jurisprudencia (el intérprete) desarrollar estas definiciones, para lo cual la Sala acude al Código Civil, cuyo artículo 4 dispone: *“(...) Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho (...)”*.

Para precisar estos conceptos que parecen lucir como indeterminados, la Sala observa que, ni la mencionada Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión ni las referidas Normas Técnicas, definen qué debe entenderse por mensajes culturales, educativos e informativos; por tal razón, con fundamento en el artículo 4 del Código Civil, para su determinación pueden seguirse los parámetros establecidos en el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, que se refiere a los tipos de programas, disposición a la que acude la Sala para precisar dichas indeterminaciones en la ley de la materia.

El prenombrado artículo 5 dispone lo siguiente:

*Artículo 5.- “A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes tipos de programas:*

*1.- Programa cultural y educativo: aquel dirigido a la formación integral de los usuarios y usuarias en los más altos valores del humanismo, la diversidad cultural, así como en los principios de la participación protagónica del ciudadano en la sociedad y el Estado (...).*

*2.- Programa informativo: cuando se difunde información sobre personas o acontecimientos locales, nacionales o internacionales de manera imparcial, veraz y oportuna. (...)”* (Resaltado de la Sala).

Según el precepto transcrito parcialmente, son programas culturales y educativos los dirigidos a la formación integral de los usuarios y usuarias (en los valores del humanismo, en

cuanto a la diversidad cultural y en los principios de la participación protagónica del ciudadano), mientras que serán programas informativos los que difundan información sobre personas o acontecimientos (nacionales o internacionales).

Como puede observarse, las **Normas Técnicas sobre definiciones, tiempo y condiciones de la publicidad, propaganda y promociones en los servicios de radio, televisión y difusión por suscripción** definen qué debe entenderse por mensaje de servicio público, y por aplicación analógica del artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se consideran definidos también los conceptos de **mensajes culturales, educativos e informativos**.

Las normas analizadas a la luz de las consideraciones expuestas conducen a esta Sala a concluir que, si bien existe una potestad discrecional de la Administración para decidir qué mensajes se transmiten (contenido), cuándo (oportunidad) y cómo (modo), tal discrecionalidad -en cuanto a la determinación de lo que debe entenderse por mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público- está limitada por las normativas antes transcritas, lo cual indica que tales conceptos se encuentran ínsitos en ellas.

En el caso de autos la Sala observa que los actos impugnados se limitaron a ordenar la transmisión de los materiales audiovisuales que ahí se determinan, en los horarios y con la duración que allí se establece, sin que la Administración emitiera calificación alguna respecto a estos mensajes, es decir, dichos mensajes no fueron catalogados por el órgano administrativo como informativos, educativos, culturales o de servicio público; por lo tanto -a pesar de que las normas han sido estudiadas cuidadosamente- sin embargo, debe observarse que la Sala, por la misma razón no está obligada a calificar lo que no calificó la Administración.

En atención a las consideraciones que anteceden, la Sala desecha la primera denuncia de falso supuesto de derecho. Así se establece.

Por otra parte, la actora arguyó que la Administración incurrió en falso supuesto de derecho al interpretar erróneamente el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ordenando la transmisión de mensajes que -en criterio de la recurrente- constituyen propaganda oficial, ya que lejos de informar un hecho noticioso, educar, emitir un mensaje cultural o de servicio público, “*busca promocionar ideas políticas del gobierno y promover y elogiar la gestión del Presidente Chávez*”.

Al respecto se observa que el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, al referirse a los mensajes gratuitos y obligatorios dispone expresamente que “*No está permitida la utilización de estos espacios para la difusión de **publicidad o propaganda** de los órganos y entes del Estado.*” (Resaltado de la Sala).

Asimismo se advierte que las Normas Técnicas sobre definiciones, tiempo y condiciones de la publicidad, propaganda y promociones en los servicios de radio, televisión y difusión por suscripción definen lo que debe entenderse por publicidad y por propaganda, en los siguientes términos:

*Artículo 2.- “Definiciones*

*A los efectos de las presentes normas y de la interpretación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se establecen las siguientes definiciones:*

*1.- **Publicidad:** mensaje destinado a persuadir a los usuarios y usuarias para que adquieran o consuman bienes o servicios. (...)*

4.- **Propaganda:** *mensaje destinado a persuadir a los usuarios y usuarias para que se hagan adeptos o seguidores de ideas políticas, filosóficas, morales, sociales o religiosas. (...)*. (Resaltado de la Sala).

Conforme a la norma parcialmente transcrita constituye publicidad la transmisión de mensajes destinados a persuadir a los usuarios y usuarias para que adquieran o consuman bienes o servicios, y se considerara propaganda transmitir mensajes que tengan por objeto persuadir a los usuarios y usuarias para que se hagan adeptos o seguidores de ideas políticas, filosóficas, morales, sociales o religiosas, destacando como común denominador de dichas definiciones que lo determinante es la finalidad que persiguen dichos mensajes (que los usuarios adquieran un bien o servicio y que se hagan adeptos de determinadas ideas).

Igualmente se observa que en el *“INSTRUCTIVO para pautar Mensajes Institucionales a través del citado Artículo 10 de la Ley Resorte”* publicado en la página web [www.leyresorte.gob.ve](http://www.leyresorte.gob.ve) se establece expresamente lo siguiente:

*“2.- Los mensajes no pueden contener elementos de carácter publicitario o propagandístico, ni siquiera para promocionar instituciones o personalidades. Excepcionalmente, se permitirá la alusión a instituciones o personalidades cuando contribuyan realmente al esclarecimiento del mensaje o de la información”.*

El texto parcialmente transcrito denota que el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información ha incorporado dentro de sus pautas para que los órganos y entes de la Administración Pública Nacional hagan uso de los mensajes gratuitos, la mencionada prohibición a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley que regula la materia.

En el presente caso los actos impugnados ordenaron la transmisión de los mensajes audiovisuales denominados “Todo se acaba”, “Bandera Nacional”, “Viaducto” y “Copa América de Barinas”, los cuales -en criterio de la actora- constituyen “propaganda oficial”. Con relación al contenido de los mencionados videos se observa lo siguiente:

**a) “Todo se acaba”:** informa a la colectividad sobre el *“presunto vencimiento”* de la concesión otorgada por el Estado a la empresa Radio Caracas Televisión, lo cual en aquel momento constituía un hecho noticioso.

**b) “Bandera Nacional”:** En este mensaje se escucha una canción cuya letra, entre otras cosas, afirma lo siguiente:

*“(…) Quien voltea su bandera no es un buen venezolano se comporta cual villano y no quiere a Venezuela.*

*Mi bandera se respeta. Debe ondear derechita quien la coloca al revés ofende al país entero reivindicarla yo quiero por nuestra patria bendita”.*

Como puede observarse el video se refiere al respeto que merece la Bandera Nacional como símbolo patrio consagrado en el artículo 8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y lo que no debe hacerse con ella.

**c) “Viaducto”:** Este video proporciona información sobre la construcción del nuevo Viaducto Caracas-La Guaira.

**d) “Copa América de Barinas”:** Este video se refiere al evento deportivo (competencia de fútbol) denominada Copa América que en el año 2007 se celebró en nuestro país en el Estado Barinas.

De la revisión realizada por la Sala a los mencionados materiales audiovisuales se deriva que éstos persiguen difundir información sobre acontecimientos nacionales (de telecomunicaciones, de infraestructura, deportivos), es decir, se refieren a cuestiones de interés general para la ciudadanía venezolana.

Adicionalmente esta Sala observa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución de 1999 toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esa Constitución. Este derecho guarda relación con el **deber** que tiene el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de transmitir informaciones acerca de los programas, estrategias, proyectos y acciones tomadas en áreas tales como la salud, infraestructura, deportes, de telecomunicaciones, etc.

*(omissis)*

Lo expuesto, a juicio de esta Sala, ratifica que los mensajes audiovisuales denominados “Todo se acaba”, “Viaducto” y “Copa América de Barinas” informaron -en su momento- sobre acontecimientos nacionales referidos a las materias de infraestructura vial, deportiva y de telecomunicaciones desarrolladas por el Ejecutivo Nacional, de acuerdo a las competencias descritas, porque perseguían informar al pueblo y a los visitantes del país sobre el cumplimiento de las atribuciones que la ley confiere al Ejecutivo Nacional, en las materias indicadas, para que se informase oportunamente de cuestiones importantes para el desenvolvimiento y conocimiento de la masa en materias tan trascendentes, algunas de ellas de carácter urgente como la vialidad, por ejemplo.

En lo que atañe al material audiovisual denominado “Bandera Nacional” se advierte que su difusión gratuita por parte del Estado encuentra fundamento en varias normas, como las que de seguidas se enumeran:

Constitución de 1999:

*Artículo 8.- “La bandera nacional con los colores amarillo, azul y rojo; el himno nacional Gloria al bravo pueblo y el escudo de armas de la República son los símbolos de la patria.*

*La ley regulará sus características, significados y usos.”*

*Artículo 130.- “Los venezolanos y venezolanas tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación.” (Resaltado de la Sala).*

Código Penal (publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 extraordinario de fecha 13 de abril de 2005):

*Artículo 141.- “Cualquiera que por desprecio arrebatara, rompiera o destruyere en un lugar público o abierto al público, la bandera nacional u otro emblema de la República, será castigado con prisión de dos meses a un año. Si este delito se cometiere encontrándose la República empeñada en una guerra extranjera, la prisión será de trece meses a dos años”. (Resaltado de la Sala).*

Ley de Bandera, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.394 de fecha 09 de marzo de 2006):

*Artículo 1.- “La Bandera Nacional, el Himno Nacional y el Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela son símbolos de la Patria y deben ser venerados por todos los venezolanos y venezolanas, y respetados por los ciudadanos y ciudadanas de los demás países.”*

*Artículo 17.- “El que de cualquier manera y de forma premeditada destruya, irrespete o dé uso indebido a los Símbolos Patrios, será sancionado de la manera siguiente:*

*1.- De veinte unidades tributarias (20 U.T.) a cuarenta unidades tributarias (40 U.T.) si son destruidos parcial o totalmente.*

*2.- De diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinte unidades tributarias (20 U.T.) si son irrespetados.*

*3.- De cinco unidades tributarias (5 U.T. a diez unidades tributarias (10 U.T.) si son utilizados indebidamente.*

*El Reglamento de esta Ley fijará las condiciones de uso y la forma en que deben respetarse los Símbolos Patrios.”*

*Disposiciones Transitorias (...)*

*Cuarta.- El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Interior y Justicia, queda autorizado para reglamentar la forma, dimensiones y usos de todos los Símbolos Patrios (...) por parte de las instituciones públicas, privadas y el pueblo en general; (...)* (Resaltado de la Sala).

Conforme a las normas transcritas, los venezolanos tienen el deber de venerar, y los extranjeros de respetar los símbolos patrios (dentro de éstos la Bandera Nacional), determinando que la infracción a dicho deber podrá ser sancionada tanto administrativa como penalmente, correspondiendo al Ejecutivo Nacional educar e instruir a la población, incluidos los extranjeros, sobre el respeto que la legislación impone respecto de los símbolos de la venezolanidad y las consecuencias jurídicas sancionatorias en que incurriría cualquiera que desacate esa normativa.

En este sentido, merece destacarse lo que respecto a los símbolos patrios ha establecido la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, al disponer lo siguiente:

*“(...) Los símbolos patrios son los emblemas que identifican a la soberanía y a la identidad nacional, y su irrespeto conlleva un debilitamiento de los derechos irrenunciables de la República, como son la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional (artículo 1º de la vigente Constitución).*

*Estos derechos, además que deben enraizarse en la conciencia colectiva, quedan simbolizados, con todos los efectos psicológicos que produce la simbología, por la bandera y otros emblemas de la República, que pueden coincidir con los símbolos patrios, y permitir su irrespeto en lugares públicos o abiertos al público es, en criterio de esta Sala, atacar los derechos fundamentales de la República y, ante ello, la libertad de expresión debe ceder; de allí que el artículo 141 del Código Penal no colide con los artículos 57 y 58 constitucionales, ni con el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y así se declara.” (Sentencia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003).*

El referido fallo resalta la importancia que tienen los símbolos patrios como por ejemplo la Bandera Nacional, aclarando que su irrespeto significa un ataque o atentado a **“los derechos fundamentales de la República”**.

En el presente caso el mencionado mensaje audiovisual referido a la “Bandera Nacional” sólo perseguía –en criterio de esta Sala- informar el respeto y veneración que por imperativo constitucional y legal merece dicho símbolo patrio, con motivo del mal uso que de éste hacían algunas personas en acciones de calle que para ese momento se desarrollaban. Estos mensajes del Ejecutivo Nacional no sólo no fueron de amedrentación y ventajismo, sino –por el contrario- tuvieron una finalidad instructiva para quienes incurrieran en esos desafueros, buscar disuadirlos de esa conducta antivenezolana.

Constatado como ha sido que los referidos mensajes “Todo se acaba”, “Bandera Nacional”, “Viaducto” y “Copa América de Barinas” (cuyas transmisiones fueron ordenadas mediante los actos impugnados), informan sobre acontecimientos nacionales, la Sala concluye que éstos no constituyen propaganda oficial, conforme a la definición que de ese término hacen las Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio, Televisión y Difusión por suscripción, ya que tales mensajes lo que persiguen es informar del cumplimiento de las atribuciones que la ley atribuye al Ejecutivo Nacional.

Considera este Alto Tribunal que el hecho de que en algunos de esos mensajes se mencione al ciudadano Presidente de la República, es con la finalidad de informar por ejemplo, el funcionario que ordenó la ejecución de una obra de infraestructura de alta envergadura, como es el Viaducto Caracas La Guaira, de suma importancia para la colectividad ya que permite la comunicación directa con el principal puerto y el mayor aeropuerto del país, además del tránsito de gran parte de la ciudadanía que vive en el Estado Vargas y que debe trasladarse todos los días a laborar en la ciudad de Caracas. Se evidencia que dicha mención no sólo no convierte el referido mensaje informativo en propaganda oficial, sino que por el contrario, se considera necesario para la orientación de los usuarios de esa importante arteria vial.

Asimismo, estima la Sala que la expresión “Gobierno Bolivariano” obedece a que, con prescindencia del grupo político que ejerza el Poder Ejecutivo, el gobierno siempre será un “Gobierno Bolivariano”, ya que la Carta Magna de 1999 denominó al Estado venezolano como “República Bolivariana de Venezuela”, según se deriva de varias de sus normas, entre otras los artículos 1, 4 y 6 *eiusdem*, denominación que sólo pretende rendir merecido tributo al Libertador Simón Bolívar. En consecuencia, este Alto Tribunal considera que la inclusión de la mencionada frase en los mensajes audiovisuales analizados en este fallo no los constituye en propaganda oficial. Así se declara.

Con fundamento en lo expuesto concluye la Sala que la Administración no interpretó erróneamente el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ni su aplicación constituyó un falso supuesto de derecho, por lo que desecha la denuncia realizada en este sentido. Así se determina.

Desestimados como han sido todos los alegatos esgrimidos por la accionante, esta Sala declara sin lugar el presente recurso de nulidad. En consecuencia, quedan firmes los actos recurridos. Así se establece.

## 2. *Actos administrativos*

### A. *Requisitos de validez. Competencia*

**TSJ-SPA (633)**

**12-5-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Globovisión vs. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

Conforme a las normas parcialmente transcritas, cuando una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determinar la unidad administrativa competente, se entenderá que su ejercicio corresponde a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del respectivo órgano o ente.

*(omissis)*

De acuerdo a las citadas normas el Ministerio de la Comunicación e Información, hoy Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, tiene dentro de sus propósitos formular, dirigir, planificar, ejecutar, coordinar, supervisar y evaluar las políticas de comunicación, información y publicidad del Estado y de la Administración Pública Nacional, así como la realización del Plan Estratégico Comunicacional del Ejecutivo Nacional.

En el caso bajo examen los actos fueron dictados por el Ministro de Comunicación e Información, por el Viceministro de Estrategia Comunicacional y por la Viceministra de Gestión Comunicacional del referido Ministerio.

Respecto al primero de los actos impugnados se observa que fue dictado por el Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información, el cual conforme a lo previsto en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, aplicable *ratione temporis*, es el despacho ministerial encargado de ejecutar las políticas de comunicación, información y publicidad del Estado y de la Administración Pública Nacional; por lo tanto, se concluye que fue dictado por la autoridad competente. Así se decide.

Se observa que el mencionado acto administrativo emanado del Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información confirmó el Acto Administrativo N° VMGC/2497 de fecha 16 de mayo de 2007, dictado por la Viceministra de Gestión Comunicacional del referido Ministerio. Esta actividad administrativa, propia de ese funcionario, evidencia que en todo caso, quedó convalidada la presunta incompetencia alegada por la recurrente, porque además de no ser una incompetencia manifiesta el Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información reforzó el acto impugnado, dándole plena validez. En efecto, la ratificación del principal de los actos emitidos por el subalterno tiene validez en todo proceso, como ocurre en derecho procesal con el poderdante respecto de su apoderado en actuaciones para las que no estuviere expresamente autorizado.

No obstante lo expuesto, seguidamente se analizará la competencia en el resto de los actos impugnados dictados por los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional de ese Ministerio, respectivamente, consideraciones que también son aplicables al acto administrativo N° VMGC/2497 de fecha 16 de mayo de 2007. Así se establece.

En cuanto al resto de los actos recurridos dictados por los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional del referido Ministerio, la Sala observa que tal como ha sido expuesto en las líneas que anteceden, conforme a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sólo la incompetencia manifiesta vicia de nulidad absoluta el acto, entendiéndose por tal aquella que es "*grosera, patente, cuando sin particulares esfuerzos interpretativos se comprueba que otro órgano es el realmente competente (...)*" (sentencia N° 0772 del 02 de julio de 2008).

En el caso que se examina la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable *ratione temporis*, establece que el órgano rector del Ejecutivo Nacional con competencia en comunicación e información administrará los espacios de transmisión gratuita previstos en dicha norma, determinará los horarios, la temporalidad y cualquiera otra característica de tales emisiones.

Ya ha precisado la Sala que dicho órgano rector es el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información (según el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, aplicable *ratione temporis*).

Adicionalmente, conforme a lo establecido en el único aparte del artículo 27 de la Ley Orgánica de Administración Pública, aplicable *ratione temporis*, cuando una disposición legal otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determi-

nar la unidad administrativa a la que corresponde, **se entenderá que su ejercicio incumbe a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del respectivo órgano o ente**, es decir, a los viceministros del despacho de que se trate.

Por otra parte, es menester destacar que los Actos Administrativos números 1763-1806 y VMGC/2870 de fechas 18 y 21 de junio de 2007, respectivamente, dictados por los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional del referido Ministerio, expresamente establecen que esos despachos actúan *“en nombre del Ejecutivo Nacional, como órgano rector en materia de comunicación e información”*, es decir, que proceden conforme a las órdenes e instrucciones que les comunica el Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

Atendiendo a las anteriores premisas, se concluye que a los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional del prenombrado Ministerio les correspondía ejercer las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Administración Pública, conocer y decidir los asuntos que les delegara el Ministro, así como cumplir las órdenes e instrucciones que éste les comunicara con relación a las políticas públicas en materia de comunicación e información del Estado y de la Administración Pública Nacional. En este sentido bien podían los citados despachos ordenar –en nombre del Ministro del ramo– la transmisión de los mensajes audiovisuales especificados en los actos impugnados.

En cuanto a la ausencia de previsión reglamentaria del Viceministerio de Estrategia Comunicacional, se reitera que esto es debido a que la creación de esa dependencia fue posterior a la emisión del Reglamento Orgánico del citado Ministerio el cual data del año 2003.

Con fundamento en las consideraciones anteriores la Sala concluye que los Viceministerios de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información sí eran competentes para dictar los actos impugnados. Así se determina.

B. *Efectos: Carácter executorio*

TSJ-SPA (633)

12-5-2011

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Globovisión vs. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

**Un acto administrativo definitivo, que no ha sido suspendido o anulado por las vías legales correspondientes, se constituye en un mandato que, como tal, soporta carácter imperativo, obligatorio contra quien o quienes se dirige en forma particular o en forma general, dada la presunción de legitimidad que lo acompaña al considerarse dictado conforme al ordenamiento jurídico, particularmente, conforme a las normas que resulten aplicables a la materia y a los hechos involucrados.**

Del acto administrativo anteriormente reproducido pudo esta Corte constatar la voluntad de la Administración de proceder a resolver una etapa posterior, en el sentido de ordenar el cumplimiento o la ejecución de la Resolución N° 1994 de fecha 19 de noviembre de 2003. En efecto, se tiene que entre sus consideraciones se establecen los modos de ejecutar de la Resolución 1.994, otorgando en ese sentido un plazo de treinta (30) días continuos a los fines de cumplir voluntariamente con la orden contenida en esa resolución, en cuyo defecto, es

decir, en el supuesto de no cumplirse voluntariamente, se procedería a la ejecución forzosa, todo de conformidad con las normas de rigor previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De tal manera pues que la Resolución 2.086 del 18 de noviembre de 2005 es un acto administrativo que contiene y advierte sobre una orden de ejecución, voluntaria en un primer momento y forzosa en un segundo, alternativa ésta última que surge ante el supuesto de no ocurrir la primera. Sobre este particular, es necesario acotar que el procedimiento de ejecución o ejecutoriedad de los actos administrativos nace como una manifestación del poder de autotutela de la Administración, al ser un mecanismo que utilizan las entidades de la Administración Pública para hacer efectivo el pronunciamiento administrativo que emiten frente a los administrados.

Como se argumenta en el derecho español, dentro de las modalidades en que se compone “Autotutela” del Estado o la Administración se posiciona la relativa a la ejecutoriedad de los actos administrativos, entendida como la potestad que ostenta la Administración para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir previamente a la acción y ejecutividad judicial.

En efecto, en el derecho español al igual que en el nuestro (Véase Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), una de las categorías de “Autotutela” de la Administración es la referida a la ejecutoriedad de los actos administrativos, entendida ésta como la potestad que tienen los entes administrativos para intervenir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales. En palabras de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la ejecutoriedad se define como:

“el sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales... La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndole de este modo de la necesidad común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial...” (García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* I. 4 Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1988. p. 473). Así, responde a una facultad que tienen las entidades de la Administración Pública para hacer cumplir los actos que dicten en ejercicio de sus atribuciones normativas. Como lo ha destacado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia: “...los actos administrativos gozan de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, lo que implica que, la Administración por sí sola, y basado en la potestad de autotutela ejecutiva, puede realizar todas las actuaciones materiales tendentes a obligar o constreñir a los particulares a cumplir con su mandamiento. De tal manera, que la Administración cuenta con mecanismos expresamente previstos en la ley para ejecutar forzosamente sus decisiones (...)” (Véanse Sentencias N° 01726 del 6 de julio de 2006, y N° 02817 del 12 de diciembre de 2006) Por tanto, la ejecutoriedad de los actos de la Administración (también denominada “Autotutela ejecutiva”) le permite a ésta, una vez que ha cumplido con la fase declarativa, “eximirse (...) de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros” (*Ob. cit.*, Tomo I, p. 479).

Y es que un acto administrativo definitivo, que no ha sido suspendido o anulado por las vías legales correspondientes, se constituye en un mandato que, como tal, soporta carácter imperativo, obligatorio contra quien o quienes se dirige en forma particular o en forma general, dada la presunción de legitimidad que lo acompaña al considerarse dictado conforme al ordenamiento jurídico, particularmente, conforme a las normas que resulten aplicables a la materia y a los hechos involucrados.

Ello es lo que se conoce como el carácter ejecutorio de un acto administrativo, sobre el que se ha pronunciado el tratadista Roberto Dromi expresando lo siguiente:

“Partiendo de la concepción de que el poder del Estado es uno y único, no podemos negar a la Administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos”(...*omissis*...) “La ejecutoriedad es un elemento inescindible del poder. La ejecutoriedad es un carácter esencial de la actividad administrativa, que se manifiesta en algunas categorías o clases de actos y en otros no, dependiendo esto último del objeto y la finalidad del acto administrativo. El fundamento último de la ejecutoriedad lo encontramos en la relación dialógica de mando y obediencia, de prerrogativa y garantía, por lo cual el contenido y alcance de la ejecutoriedad dependerá del ordenamiento político-institucional que le sirve de sustento. En los regímenes democráticos, en donde la relación autoridad-libertad, mando-obediencia se desenvuelve con un razonable y justo equilibrio, el ordenamiento jurídico reconoce a la autoridad el privilegio o la prerrogativa de obtener el cumplimiento del acto administrativo sin recurrir al órgano judicial. Esto es así porque previamente atribuyó al órgano ejecutivo la competencia para gobernar, mandar, ejecutar y administrar, competencia imposible de imaginar sin la consiguiente fuerza para hacer cumplir u obtener, en última instancia, la ejecución coactiva del acto administrativo. Al mismo tiempo que reconoce la prerrogativa al Estado, reconoce la garantía al administrado, a través de la figura de la suspensión del acto administrativo. Sostener que el título o derecho de la Administración y la posibilidad de obtener su cumplimiento debe ser sometido al órgano judicial, significa subordinar el órgano ejecutivo al judicial, lo cual no condice con nuestro ordenamiento jurídico, que establece el equilibrio y la igualdad de los órganos que ejercen el poder político.” (*Derecho Administrativo*, p. 249 y ss., Ediciones Ciudad Argentina, sexta edición, 1997). (Subrayado de la Corte). De lo anterior queda evidenciado que el administrado está sujeto o sometido a las potestades ejecutivas de la Administración, sin que ello pueda dar lugar, no obstante, al ejercicio caprichoso del poder conferido, pues las Instituciones del Estado deben circunscribir su actuación a los objetivos constitucionales, y en concreto, a lo juzgado en el ejercicio de su actividad; en otras palabras: “Tal privilegio posicional comporta una excepcionalidad que no tiene por qué ser aberrante. Ni la Administración debe transformarse en un sujeto justiciable igual que los ciudadanos, ni la doble prerrogativa es por naturaleza incompatible con una acabada tutela judicial efectiva. La excepcionalidad significa que ese status de poder debe limitarse y condicionarse para servir a la realización de los cometidos que corresponden a la Administración en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho” (Andrés Betancor Rodríguez. *El Acto Ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 442) Bajo las consideraciones que anteceden, esta Corte señala, habida cuenta que la Resolución N° 2.086 de fecha 18 de agosto de 2005 envuelve un acto destinado a materializar la voluntad administrativa que quedó plasmada en una decisión previa (por cuanto fue dictada para dar cumplimiento a la precedente providencia N° 1.994 de fecha 19 de noviembre de 2003), que por tener tales particularidades en su contenido y finalidad, dicha Resolución N° 2.086 no requería del cumplimiento de un procedimiento administrativo previo para su proveimiento, toda vez que ésta secuencia de formas debe cumplirse, no en la fase de ejecución, sino en la etapa declarativa, que es donde la Administración debe nutrir y sujetar su actuación al esclarecimiento de hechos y al seguimiento de normas e intereses generales, y en el presente caso ello ocurrió –no existe prueba que diga lo contrario– con ocasión al pronunciamiento de la Resolución N° 1.994. Así pues, el acto impugnado tiene como único objetivo la ejecución material de la referida Resolución N° 1.994, la cual, como ya se pudo observar, luego de revocar una autorización otorgada en uso de las atribuciones

legales de autotutela, ordenó remover de manera inmediata la reja ubicada en la entrada de la Urbanización “La Estancia” para restituirla a su estado original. Por tanto, la Resolución 2.086, como manifestación de las potestades otorgadas a la Administración, explicada anteriormente, sólo persigue otorgar eficacia real a una decisión previa, en la que, aparentemente, se efectuó un análisis de circunstancias de hecho a los fines de adaptar el pronunciamiento a la norma y el interés público, de manera pues que es dentro de esta última donde el examen de legalidad debe radicar. En consecuencia, visto que la Resolución denunciada como violatoria de derechos constitucionales se refiere a un acto que ordenó la ejecución de una providencia administrativa anterior, que por tanto no requería cumplir trámite alguno sino advertir acerca de los modos operacionales para dar cumplimiento al susodicho pronunciamiento, se desecha la presente denuncia. Así se declara.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. Órganos

- A. *Tribunales Laborales: Exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo*

**TSJ-SPA (489)**

**13-4-2011**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Minera Loma de Níquel, C.A., vs. Inspectoría del Trabajo en el Municipio Guaicaipuro del Estado Bolivariano de Miranda.

**En virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el conocimiento de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral, corresponde a los tribunales laborales.**

En el caso de autos, la apoderada judicial de la sociedad mercantil Minera Loma de Níquel, C.A., interpuso ante el Juzgado Superior Noveno (Distribuidor) en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, el recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos contra la Providencia Administrativa N° 47-10 del 3 de marzo de 2010, emanada de la Inspectoría del Trabajo en el Municipio Guaicaipuro del Estado Bolivariano de Miranda, que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos incoada por el ciudadano Roberth Daniel Carvallo Martínez, antes identificado.

Así, aprecia esta Máxima Instancia que para la fecha de interposición del recurso, esto es el 12 de agosto de 2010, ya se encontraba en vigencia 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, la cual en el numeral 3 del artículo 25 dispone lo siguiente:

*“Artículo 25. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de:*

*(...omissis...)*

- 3. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, dictados por las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, con excep-*

***ción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo. (...omissis...)***. (Destacado de la Sala).

En la norma parcialmente transcrita, el legislador excluyó expresamente del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, aquellas acciones de nulidad interpuestas contra las decisiones administrativas emanadas de la Administración laboral en materia de inamovilidad.

Al respecto, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal mediante sentencia N° 955 de fecha 23 de septiembre de 2010, señaló lo siguiente:

*“Las competencias de los órganos integrantes de esta jurisdicción, están consagradas en los artículos 9, 23, 24, 25 y 26 de la [Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa]. De esos artículos interesa, a los efectos de determinar la competencia para el conocimiento de las acciones relacionadas con providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, lo contenido en el numeral 5 del artículo 23, en el numeral 5 del artículo 24 y en el numeral 3 del artículo 25:*

*(...omissis...)*

*De los artículos anteriormente transcritos, se puede apreciar que el legislador excluyó –de forma expresa– de las competencias asignadas a los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa, la relativa al conocimiento de ‘las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo’. (...omissis...)*

*De lo anterior se colige que aun cuando las Inspectorías del Trabajo sean órganos administrativos dependientes -aunque desconcentrados- de la Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral. Una relación jurídica denominada relación de trabajo, expresada y manifestada por la fuerza de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores. En fin, la parte humana y social de la relación.*

*(...omissis...)*

*Por todo lo anterior, esta Sala Constitucional, actuando como máximo intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estima que el conocimiento de las acciones intentadas en ocasión de providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, debe atribuirse como una excepción a la norma general contenida en el artículo 259 constitucional, a los tribunales del trabajo. Así se declara.*

*Con fundamento en las consideraciones que se expusieron, y en ejercicio de la facultad de máximo intérprete del Texto Constitucional, esta Sala deja asentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:*

***1) La jurisdicción competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, es la jurisdicción laboral.***

***2) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo y en segunda instancia, a los Tribunales Superiores del Trabajo***. (Destacado del texto).

Precisado lo anterior, observa la Sala que conforme al criterio parcialmente transcrito, establecido en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el conocimiento de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral, corresponde a los tribunales laborales; ya que aún cuando las decisiones emanadas de las Inspectorías del trabajo como órganos dependientes de la Administración Pública son de naturaleza administrativa, su contenido y alcance se origina en una relación de índole laboral. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 00040 de fecha 19 de enero 2011).

En este orden de ideas, el artículo 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, reza lo siguiente;

*“Artículo 30. Las demandas o solicitudes se propondrán por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente por el territorio que corresponda. Se consideran competentes, los Tribunales del lugar donde se prestó el servicio o donde se puso fin a la relación laboral o donde se celebró el contrato de trabajo o en el domicilio del demandado, a elección del demandante. En ningún caso podrá establecerse o convenirse un domicilio que excluya a los señalados anteriormente”.*

Así pues, de conformidad con la disposición transcrita esta Sala declara que la competencia para conocer el recurso de autos corresponde a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda; en consecuencia, se ordena remitir el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. Así se declara.

2. *Contencioso administrativo de anulación: Requisitos de la demanda (indicación de los vicios)*

**TSJ-SPA (765)**

**7-6-2011**

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Germán Landines Tellería vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Advierte la Sala que aun cuando el Ministerio Público invocó lo dispuesto en el aparte 10 del artículo 21 de la Ley Orgánica que regía las funciones de este Tribunal en ese entonces, lo cierto es que transcribió el aparte 9 del referido artículo, el cual dispone:

*Artículo 21.- “(...) En la demanda se indicará con toda precisión el acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción (...)”*

Respecto al mencionado aparte, esta Sala ha establecido lo siguiente:

*“(...) el accionante se limitó a mencionar algunos documentos que sirvieron de base para fundamentar la solicitud de anulación, entre los que se encontraba el “recurso de revisión”, asimismo se limitó a exponer algunas situaciones de hecho relacionadas con el acto recurrido, mas no expresó en qué sentido la decisión impugnada está afectada de nulidad, es decir, no existe en el recurso expresión clara sobre los fundamentos de hecho de su solicitud y, mucho menos de los argumentos de derecho, pues no establece la parte actora de qué forma el acto que se impugna es ilegal o viola los derechos constitucionales.*

*En otras palabras, frente a la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, la parte interesada en obtener la declaratoria de su nulidad, no debe limitarse a acudir ante la autoridad competente a plantear el recurso respectivo, como lo ha hecho el recurrente en la presente causa, sino que debe además expresar “(...) las razones de hecho y de*

*derecho en que se funda la acción...”, tal como lo exige el aparte noveno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así, no resulta estrictamente necesario que la parte interesada invoque o enuncie expresamente la norma que consagra el vicio de nulidad, pero sí tiene la carga de expresar los vicios que, en su criterio, afectan la legalidad del acto y concatenarlos con los hechos denunciados, a objeto de que el Juez analice su procedencia y declare, de ser el caso, la nulidad del acto impugnado.*

*De manera que, sostenida como fue la nulidad absoluta del acto impugnado, debió el recurrente establecer una relación clara entre los hechos y el derecho, toda vez que la omisión de tal señalamiento impide a este Máximo Tribunal el conocimiento del fondo del litigio (Ver sentencia de la Sala N° 00090 de fecha 29 de enero de 2002), motivo por el cual se debería declarar inadmisibile el recurso. (...)” (Sentencia N° 01709 de fecha 25 de noviembre de 2009) (Resultado de la Sala).*

En el presente caso si bien el actor no atribuyó vicio alguno al acto que impugna, lo cierto es que narró los hechos que dieron origen al acto impugnado, identificó el acto recurrido, lo consignó a los autos, mencionó las normas legales que en su criterio fueron infringidas (artículos 32 y 39 de la Ley de Carrera Judicial) y determinó su petitorio, por lo que considera este Alto Tribunal que del escrito recursivo sí se derivan cuáles son las razones de hecho y de derecho en que se funda. En efecto, de la revisión de todo lo expuesto por el recurrente, la Sala estima que éste adujo violación al derecho a la defensa y al debido proceso, falso supuesto de hecho y de derecho y desviación de poder.

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, la Sala concluye que el recurrente sí cumplió con las exigencias previstas en el aparte 9 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela de 2004 aplicable *ratione temporis*, por lo que desecha la solicitud de que se declare inadmisibile el presente recurso y, en aras de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de garantizar un acceso a la justicia sin formalismos inútiles, este Alto Tribunal entrará a conocer del fondo del asunto debatido. Así se decide.

### 3. Poderes del Juez

CSCA

21-6-2011

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda.

Las apreciaciones antes reseñadas, en las que se aborda la importancia de la recreación y el deporte para el progreso del ser humano y del país, obligan a este Órgano Jurisdiccional que determine la violación de esos derechos en el caso de autos, toda vez, ciertamente, la limitación a la entrada de los ciudadanos en general, por efecto de la normativa interna impuesta por la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia, según documento notarial, constituye un abuso de derecho y una apropiación ilegítima del goce de las instalaciones situadas dentro de la Urbanización, que son del dominio público y por ende todo ser humano tiene el derecho de aprovechar, en aras de su desarrollo integral, deportivo, mentalmente sano y social, que, en definitiva, estimulan y concretan la cimentación de una sociedad igualitaria, armónica, justa y productiva.

La normativa se presta a situaciones irregulares en cuanto a la “potestades” que ostenta la asociación vecinal, restringiendo el paso a las canchas y áreas recreacionales cuando los residentes de “La Estancia” así lo consideren, justificándose en “circunstancias de inseguri-

dad” de las cuales la población ignorará su existencia y no pueden ser responsabilizadas; además, se apropian de los espacios públicos que se encuentran dentro de la Urbanización, al señalar que se determinará “por los vecinos” el “horario” de uso para las canchas y áreas recreacionales.

Por las razones antes expuestas, la Corte no justifica que la Urbanización “La Estancia” pretenda arrogarse, arguyendo circunstancias de inseguridad, una aparente “reserva de derecho de admisión” sobre los bienes y áreas que son del dominio y para el uso colectivo, a los fines de concretar lo que sería un acto claro de menoscabo a los derechos fundamentales de recreación y al deporte, además del libre acceso a los bienes pertenecientes al Estado que son del goce general, en este caso, del Municipio Sucre del Estado Miranda. Aunado a lo anterior, las circunstancias particulares del caso potencialmente darían lugar a que se presenten situaciones irregulares y discriminatorias en la restricción del acceso, lo cual lesiona la igualdad de las personas al disfrute de los bienes que forman el patrimonio público, y ello, constitucionalmente, está vedado, por lo que corresponde a las Instituciones efectuar cuantos mecanismos disponga para garantizarlo (Artículo 19 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se decide.

Sin embargo, aún cuando son efectuados los señalamientos precedentes, este Tribunal no puede desconocer la utilidad que representa para la seguridad de los vecinos de la Urbanización “La Estancia” el hecho de que la reja o portón permanezca, bajo la compañía, por supuesto, de su vigilancia respectiva. En este punto, es menester recordar que la Corte, habiendo hecho distintas consideraciones acerca del derecho constitucional a la seguridad ciudadana, concluyó que este bien jurídico tutelado merece toda la protección que el Estado pueda dispensarle, favoreciendo para ello la participación de los ciudadanos en cuantos mecanismos éstos puedan generar con el objeto de contribuir a la protección de este derecho fundamental, claro está, bajo parámetros necesarios y obligatorios a los fines de no degenerar irrazonable o injustificadamente en otras circunstancias lesivas por la ilegitimidad y desproporción de las acciones tomadas.

En tal sentido, imperativo es considerar que la seguridad ciudadana, como ámbito jurídico protector de otros derechos fundamentales (integridad personal, libertad, vida), reviste de una importancia que no puede desconocerse, pero que, sin embargo, debe armonizarse o conciliar con otras instituciones fundamentales (el interés público, el derecho al deporte, recreación, entre otros), sin que ello signifique que el primer bien jurídico tutelado sucumba o quede relegado por la tutela del segundo; de allí que resulte necesario establecer en el presente fallo una concordia entre ambos supuestos, a objeto de que ambos derechos conserven su contenido garantista en su totalidad.

Por ello, este Tribunal reconoce el derecho de la Asociación Vecinal implicada en el presente caso a contar con un mecanismo que garantice o adicione formas de protección a su seguridad individual y patrimonial; sin embargo, no puede permitir que la existencia de las rejas constituya un medio para impedir el paso de quienes tienen derecho a hacer vida dentro de los espacios públicos que le permiten gozar a plenitud de la interacción y el reconocimiento social.

Por ello, la Corte sólo puede mostrarse de acuerdo con la permanencia de la reja en la medida en que con la misma no se impida el acceso y disfrute de los bienes del Municipio, para lo cual éste deberá fijar un horario razonable de uso sobre las mismas que atienda y se ajuste tanto a las necesidades del colectivo en general como a las necesidades de seguridad que requieren los habitantes de la Urbanización La Estancia.

En esa línea de pensamiento, y contrario a lo estimado por la Administración en el acto N° 1.994 aquí revisado, este Órgano Jurisdiccional, en su labor de garante de la tutela constitucional y el bien común, no considera que en este caso la reja de seguridad instalada en la entrada de la Urbanización “La Estancia” deba ser necesariamente derrumbada, pues atendiendo a las reflexiones plasmadas en la presente decisión sobre la importancia de la seguridad de la ciudadana y la implicación del colectivo sobre la misma, bien puede existir este cerramiento cumpliendo una finalidad de protección a la integridad de los ciudadanos que residen y hacen vida dentro de la Urbanización “La Estancia”.

Con esos planteamientos tenidos en cuenta, la Corte debe forzosamente anular la orden dictada por el Municipio, que dispuso el derrumbe o la destrucción del portón instalado en la entrada de la Urbanización “La Estancia”, visto que este mecanismo cumple una labor importante en la seguridad de los ciudadanos que habitan en dicha comunidad. Así se declara.

A raíz de todo lo anterior, esta Corte establece lo siguiente:

1) El Municipio Sucre, con audiencia de los habitantes de la Urbanización “La Estancia” y demás interesados en el uso de las áreas, será quien determine el horario razonable de paso hacia las áreas de esparcimiento recreacional y deportivo que le pertenecen dentro de la Urbanización “La Estancia”, teniendo en cuenta que su deber es garantizar tanto el uso y disfrute de las canchas deportivas y áreas recreacionales de su propiedad, como el libre acceso a las mismas. Estas reglas serán de obligatorio cumplimiento para todos los involucrados, vale decir, los copropietarios de la Urbanización “La Estancia” y los interesados en el uso y acceso de los bienes municipales.

2) Se exhorta al consejo comunal o cualquier otra forma de organización popular que exista en la Urbanización “La Estancia”, reconociendo su invaluable participación en el desarrollo armónico y ciudadano de la comunidad en referencia y sus aledañas de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (*Gaceta Oficial* N° 39.335 de fecha 28 de diciembre de 2009), para que, en lo adelante, se involucre e intervenga activamente en la salvaguardia de los términos que forman el presente fallo y, en general, en las condiciones equilibradas de convivencia social dentro del área interna y adyacentes de la citada Urbanización, razón por la cual, deberá estar vigilante -en conjunto con el Municipio Sucre del Estado Miranda- en que los mandatos y consideraciones aquí establecidas sean garantizados y efectivamente cumplidos, ello sin menoscabo de las atribuciones legales que ostenta esta Corte para hacer cumplir esta sentencia.

En atención a los razonamientos hasta esta oportunidad expuestos, y visto que resultó anulada la orden de demolición que dictó el Municipio Sucre del Estado Miranda, esta Corte declara CON LUGAR el presente recurso contencioso administrativo de nulidad, motivo por el cual, revoca el contenido de los actos N° 1.994 de fecha 19 de noviembre de 2003 y -consecuentemente- el N° 2.086 de fecha 18 de agosto de 2005, por medio de los cuales se acordó y ratificó, respectivamente, la demolición de la reja instalada por la Asociación Vecinal de la Urbanización “La Estancia”, y ORDENA a las partes que cumplan los términos en que ha quedado redactado el presente fallo.

Así se establece.

4. *Conciliación***CSCA****21-6-2011**

Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda

Finalmente, y al margen de las consideraciones hasta aquí expuestas, la Corte debe manifestar su pesar por la forma en que el Municipio Sucre del Estado Miranda decidió manejar la controversia, una vez que este Tribunal optó por celebrar una audiencia de conciliación que permitiera escuchar las inquietudes de las partes involucradas.

Ciertamente, tratándose el juicio de autos de un caso donde se discutían aspectos que de manera sensible interesan a su comunidad, el Municipio Sucre del Estado Miranda, con una actitud absolutamente desinteresada, simplista y renuente a la posibilidad de conciliar fricciones y hallar puntos de encuentro, desechó de plano el fin de la audiencia y solicitó de forma tajante que esta Corte se decantara por acoger su planteamiento, cual era ratificar la orden de derrumbe inmediato del cerramiento que construyó la Asociación Vecinal de la Urbanización La Estancia, como fue acordado en el acto administrativo aquí impugnado.

Y aún cuando el Municipio pretendió justificar su negativa sobre la base de que existen razones “subjetivas y objetivas” que impiden proceder a la resolución alternativa del conflicto presentado, razones que básicamente se sustentan señalándose que no había sido otorgada la autorización para conciliar y porque resulta imposible conciliar en un juicio donde está involucrado la legalidad de un acto administrativo que al parecer del Municipio “protege el orden público”, se debe advertir primeramente que entre el tiempo en que esta Corte acordó la celebración del acto y la efectiva realización del mismo (1 año sucedió), transcurrió suficiente tiempo como para se efectuaran los trámites correspondientes con la finalidad de obtener la debida autorización que ahora señala el Municipio.

En segundo lugar, este Tribunal conoce suficientemente acerca de su deber de tutelar el interés público y la legalidad de los actos administrativos que son sometidos a su examen y decisión, pero estos objetivos bien pudieron resultar satisfechos en este caso particular mediante la conciliación y consecuente armonización de los intereses en conflicto que se discutieron, de manera que la resolución de un asunto que concierne a la vida de una comunidad integrara propuestas provenientes precisamente de los actores que la protagonizan y la llevan a cabo, en seguimiento de distintos fines que debe perseguir el Estado venezolano (donde se inserta este Tribunal y, por supuesto, el Municipio Sucre del Estado Miranda), como son, entre otros, la participación popular, el bienestar colectivo y la convivencia social pacífica.

Con ello, éste Órgano Jurisdiccional no pretende desligarse del cumplimiento de sus funciones, ni tampoco persigue admitir violaciones al orden público, como parece insinuarlo el Municipio Sucre del Estado Miranda; muy al contrario, se trata de encontrar la solución de la controversia analizando la legalidad del acto administrativo desde una perspectiva que no sea meramente simplista y formalista (es decir, simplemente anulando o ratificando el acto administrativo con los alegatos presentados en sus escritos por las partes), que deje desamparadas las inquietudes en polémica, sino abogando porque el conglomerado comunitario se integre al tratamiento de una problemática que le afecta directamente, con el fin de que pueda proponer alternativas y pautas que para esa misma comunidad resulten satisfactorias y viables.

Que se adopte esa dirección naturalmente implica la proscripción de posiciones estériles como la que asumió sin ambivalencia de por medio el Municipio, al solicitar que se ratificara la orden de destrucción del cerramiento implicado en autos, lo que inexorablemente dejaría desamparadas las inquietudes que con razón poseen los habitantes de la Urbanización “La Estancia”.

Ante esa situación, la Corte lamenta la actitud y la indudable falta de compromiso que asumieron las autoridades del Municipio Sucre del Estado Miranda, mostrando desinterés en la posibilidad de obtener un arreglo armonioso donde convergieran y se adecuara la totalidad de inquietudes que atravesaron la comunidad de la urbanización La Estancia y sus aledaños, por lo que este Tribunal CONMINA a dichas autoridades a dar cumplimiento y ser consecuentes con la obligación que tienen de escuchar a sus habitantes y de afrontar mancomunadamente las diversas problemáticas que éstos atraviesen, pues con ello, a juicio esta Corte, satisfacen su deber constitucional de generar el bienestar de la colectividad que representan. Así se decide.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control difuso de la constitucionalidad de las leyes: Poderes del juez en materia de interpretación de la Ley para evitar impunidad y de suspensión de la aplicación de una norma para aplicar una ley ya derogada*

**TSJ-SC (439)**

**27-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

**La Sala Constitucional desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada de 2010, y ordenó la aplicación de la norma equivalente de la ley anterior que había sido derogada, todo con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.**

En ese contexto normativo, debe abordarse el contenido y alcance de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, que establece igualmente el delito de “*Apropiación o distracción de recursos*”, bajo la siguiente redacción:

*“Apropiación o distracción de recursos*

*Artículo 213. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.*

*Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones”.*

Igualmente, se destaca que se agrava la pena accesoria de inhabilitación, al establecer en el artículo 277 *eiusdem*, que las “personas condenadas mediante sentencia definitivamente firme, por delitos castigados de conformidad con la presente Ley, quedarán inhabilitadas para el desempeño de cualquier posición o función en instituciones públicas o privadas del Sistema Financiero Nacional, por un lapso de quince años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la condena correspondiente”.

Ahora bien, para abordar el contenido del mencionado artículo 213, la Sala debe reiterar que “el principio de la legalidad en materia sancionatoria (...), está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones ‘genéricas’ para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate. Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia, ‘(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes’ (...)” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 2.338/01).

Particularmente, sobre el principio de legalidad penal, esta Sala reafirma lo que ha señalado jurisprudencialmente al establecer que:

(*omissis*)

[La Sala cita la sentencia Sala N° 1.744/07. Véase en *Revista de Derecho Público N° 111*, Caracas 2007, pp. 123 ss.)

Al mismo tiempo, debe igualmente destacarse que en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, además de construirse en una garantía de los ciudadanos frente la actividad punitiva del Estado se erige, como se señaló anteriormente en el presente fallo, en una obligación por parte de los órganos que ejercen el Poder Público, garantizar la efectiva aplicación de la ley, en el resguardo de los derechos y principios constitucionales que se reflejan en los bienes jurídicos tutelados particularmente por la legislación penal. En ese sentido, esta Sala en reciente sentencia N° 490/11, concluyó con carácter vinculante que:

(*omissis*)

(Véase el texto de la sentencia citada en pp. 120 y ss de esta *Revista*)

Sobre la base de las anteriores premisas, para determinar el contenido y alcance del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*G.O.* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), es menester reiterar, que la hermenéutica jurídica, es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la interpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, “(...) *tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (...)*”, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil -conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07-.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que “(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Editorial Cívitas, 4º edición, Madrid 1994, p. 29), denomina como ‘fuentes significativas’ del ordenamiento, esto es, lo que el *iuspublicismo* con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07-.

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran, que en el presente caso se ven reflejadas en las consideraciones contenidas en el punto 1, del presente fallo.

En ese orden, a juicio de esta Sala la determinación de principios constitucionales, no puede concebirse únicamente, como la consecuencia obtenida tras un análisis que comporte necesariamente abstracciones y generalizaciones de normas expresas, sino como el conjunto de valores, núcleo de los preceptos y criterios de valoración que “*constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares*” -Cfr. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1975, p. 288-, no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que fundamentan las decisiones constituyentes, en la medida que el Texto Fundamental se halla por ellos informado, sino que también se erigen en su aspecto dinámico, como exigencias de política legislativa y judicial, que además de constituirse en directrices para la interpretación respecto de casos dudosos o tendencias y orientaciones a seguir en el progreso de la interpretación normativa, pueden y deben determinarse en cada caso, por ser igualmente objeto de la garantía de una tutela judicial efectiva.

Ello ha sido puesto de relieve, por la doctrina cuando señala que “*si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el «derecho de los libros», es*

*preciso tener en cuenta el «derecho en acción»; no basta una «validez lógica» es necesaria una «validez práctica». ¿Cuántas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?, ¿cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el «derecho viviente», o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, valoración que indudablemente abre el camino a una visión de sociología jurídica, se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del derecho en un ordenamiento determinado por principios” -Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*, Trotta, Madrid 2008, p. 122-.*

Tales argumentos no resultan ajenos a la jurisprudencia de esta Sala, ya que con anterioridad se ha afirmado que el ordenamiento jurídico constitucional se fundamenta en un conjunto de principios que constituyen sus cimientos, posibilitando no sólo un coherente desarrollo normativo -leyes, reglamentos, actos administrativos-, sino además permitiendo determinar el sentido real de las normas constitucionales, ya que son la esencia misma del sistema jurídico. Con base en ello, esta Sala ha fijado en algunos casos que las **“normas bajo el examen jurisdiccional, no admiten interpretaciones gramaticales ya que las mismas no son las jurídicamente posibles -en la medida que contrariarían el sistema de principios constitucionales-; por ello, incluso si la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia”** -Cfr. Sentencias Nros. 1.115/10, en el mismo sentido 1.684/2008 y 1.326/09-.

Al respecto, como ya se señaló con anterioridad, en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos dado el contenido del mencionado artículo 114, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, lo que permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales.

Ello no comporta que esta Sala, en base a tales postulados, pueda afirmarse como un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo evidente en tales casos, un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, pero sí permite que la Sala en su labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos, deba con los elementos contenidos en la propia norma penal, aclarar el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano; vale insistir, que la técnica jurídica sea instrumento útil para alcanzar estos propósitos, pero que, en caso de insuficiencia, se imponga la búsqueda de medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.

Por ello, en un contexto más amplio, la Sala ha señalado que **“como sistema de procedimiento, en el entendido de ‘sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas’ (R. Alexy), el juez debe conocer cómo decidir, o sea, cómo resolver una controversia. Para ello debe dominar la teoría de la norma jurídica, la teoría de los cuerpos jurídicos (Leyes, Ordenanzas, Decretos) y la teoría del sistema jurídico, pues a la hora de dar solución a una controversia, debe interpretar los enunciados jurídicos, entender la relación entre**

*las fuentes del derecho y las relaciones lógicas entre las normas. A todos estos puntos se les tiene como pertenecientes a la Teoría General del Derecho. En fin, respecto del Derecho Constitucional éste presenta los mismos problemas de las dimensiones precitadas, como conceptualización de género. Tanto la Dogmática Jurídica como la Teoría General del Derecho son instrumentos para un objetivo: la solución de un caso concreto”, y acota que:*

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

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

(...)

*Es por ello que la Sala, a la luz de todos estos elementos, respalda las decisiones en las que los jueces, a partir de un análisis de la situación planteada, y ante la ausencia de una regulación expresa, conscientes de su cometido, recurren al propio ordenamiento o a otros ordenamientos en busca de la solución correcta para el conflicto que se les ha exigido resuelvan. La función judicial se degradaría si no se actuara de esta forma, se pondría a sí misma en contra del progreso y del desarrollo, y al final quedaría deslegitimada ante los que confían en su buen juicio.*

*El juez debe ser racional, es decir, debe actuar conforme a principios y reglas, pero al mismo tiempo debe ser razonable, esto es, ubicarse en un plano contextual más amplio, en el que tengan cabida consideraciones de orden valorativo, tales como las de justicia, paz social y sana convivencia” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.806/08).*

En la consecución de tales postulados, se advierte que el desarrollo de la sociedad moderna, ha generado complicados fenómenos sociales, políticos, económicos y jurídicos, que se han traducido desde la perspectiva criminológica, en el surgimiento de nuevas formas delictuales con contenido económico, signado por su carácter mutable que forja formas novedosas de delincuencia (*Vid.* Klaus TIEDEMANN. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona, 1993), que en el caso que nos ocupa, tiene particular relevancia en el sistema bancario, en tanto que los bienes jurídicos que se tutelan por la actividad de dicho sector, en el cual las instituciones que lo integran, sirven de soporte indispensable a cualquier economía moderna, en tanto no se concibe aquella sin el apoyo de las actividades bancarias, ya que éstas facilitan o posibilitan en gran medida, variadas operaciones o transacciones entre personas e inclusive entre países y, que gozan entre otros aspectos estructurales de la economía, una cardinal relevancia por los grandes volúmenes de capital que manejan, los cuales son producto en su mayoría de los depósitos que pequeños o grandes inversionistas o ahorristas, lo que justifica que las instituciones bancarias, así como las operaciones que realizan sean protegidas legalmente, inclusive con la norma más enérgica del sistema jurídico, que es la norma penal.

A lo que se debe agregar entonces, que tales circunstancias definen al ordenamiento jurídico estatuario de derecho público bancario como un sector de la economía que se debe caracterizar por los principios de transparencia, democratización, sustentabilidad y responsabi-

lidad -ya indicados-, lo que supone en el ámbito jurídico la subsistencia de deberes cuyo reconocimiento comporta, la consolidación de una perspectiva solidaria que abarca a la sociedad y permite caracterizar el objeto de tutela de los delitos económicos (bancarios) en bienes jurídicos supraindividuales.

Ciertamente, ello se pone en evidencia en los delitos calificados en el ámbito bancario, ya que penan hechos vinculados, por ejemplo, a situaciones de insolvencia en los que más allá del interés individual de los acreedores perjudicados por el cierre de una institución bancaria, sobrellevan una afectación tanto del patrimonio de cada individuo afectado, como su correlativa afectación a la cadena productiva en la cual se inserta, por lo que trascienden el ámbito individual de la propiedad y comporta a no dudarlo, la afectación del interés económico general, de mantener la seguridad, confianza y sustentabilidad del sistema financiero.

Así, los delitos bancarios se enmarcan en la tutela del Estado del orden económico en su organicidad y funcionabilidad, que desborda la tutela de derechos los denominados derechos individuales y los incluye simultáneamente en parte de la tutela de los derechos fundamentales de trascendencia social.

Lo cual pone de relieve que las normas penales forman parte de la regulación legal de la economía, cuyo propósito es proteger el orden económico de la comunidad, y al tener sustento constitucional, excluye cualquier discusión doctrinaria que niegue la posibilidad de encontrar fuera del ámbito de tutela de los derechos individuales un concepto de bien jurídico tutelable por el derecho penal (*Cfr.* Winfried HASSEMER. “Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico”, en *Doctrina Penal*, N° 46/47, Bs.As., ed. Depalma, 1989, p. 275/285), sin perjuicio de que en cada tipo penal, puedan determinarse en relación con los afectados directamente, como en aquellos casos en que los usuarios del sistema que pierden casi todos los ahorros y planes de crecimiento de económico (inversión en negocios), puedan identificarse con valores como el tradicional bien jurídico referido al derecho de propiedad derivada de la apropiación indebida de bienes; una proposición en contrario negaría la tutela efectiva de los derechos de la sociedad, ya que en lo que se refiere a la actividad bancaria los daños sólo adquieren relevancia en su dimensión social, la cual en muchos casos puede antagonizar con los intereses o derechos individuales. Ello se pone de relieve en la legislación penal vigente, conforme a la cual delito de apropiación indebida contemplado en el artículo 466 del Código Penal, es de acción privada y, adquiere carácter de acción pública, cuando se hubiere cometido sobre objetos confiados o depositados en razón de la profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios del depositario, o cuando sean por causa del depósito necesario (apropiación indebida calificada, 468 *eiusdem*).

En cambio, esa distinción adquiere fundamental relevancia en una sociedad enmarcada en proceso de producción industrial masiva o a pequeña escala, donde la apropiación o distracción de recursos del sector bancario puede generar que un individuo, núcleo familiar o empresarial, pueda al privársele de la totalidad de los bienes que se encuentran en un banco intervenido o en proceso de liquidación, incidir sobre el nivel de vida de todos los que dependían de esos recursos -*vgr.* Los hijos que necesitaban de los recursos para continuar sus estudios o someterse a un tratamiento médico-, que traerán aparejado una considerable merma a los comerciantes, proveedores y prestadores de servicios que a ellos están vinculados, lo que trascenderá a su vez sobre otros empresarios -*vgr.* Mayoristas, fabricantes, empleados-, lo cual si bien no es aparentemente fácil de percibir para algunos especialistas en el derecho comparado, es bastante patente en la experiencia nacional, en materia de crisis bancarias en la medida que éstas se materializan en la estructura del sistema y en cada una de las personas naturales que lo integran.

(omissis)

**Tales circunstancias, imponen a esta Sala un imperativo categórico que debe en el marco de la Constitución, evitar una interpretación que fomente la impunidad y desconozca el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico, y sustenten más allá de la justificación del *ius puniendi* del Estado, la de la existencia soberana de la República -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/03-, que tiene como fin la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de 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 la Constitución.**

Así, la Sala reitera que en su labor jurisdiccional no puede asumir una interpretación que comporte un desconocimiento de las consecuencias de adoptar un criterio restrictivo de las instituciones constitucionales, que limiten injustificadamente el desarrollo normativo y la actividad que se produce en ejecución de aquella, especialmente en materia económica en la cual la realidad que se pretende regular es esencialmente de naturaleza mutable, lo que en consecuencia exige una mayor amplitud en la concepción de los principios que ordenan el ordenamiento jurídico. Esto ha permitido afirmar a autores como POSTNER que *"el juez y, por ende los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo (...). Por lo tanto, una vez que se expande el marco de referencia más allá de las partes inmediatas del caso, la justicia y equidad asumen significados más amplios de lo que es simplemente justo y equitativo entre este demandante y demandado. El problema se convierte en la determinación de lo que sea justo y equitativo para una clase de actividades, y no puede resolverse sensatamente sin tener en consideración el efecto futuro de las reglas alternativas sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones. Después de todo la perspectiva ex ante no es ajena al proceso legal"* -Cfr. POSTNER, Richard A. *Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 2007, p. 59-.

Nadie discute hoy en el plano dogmático, que *"el derecho penal se basa en el poder punitivo del Estado ("ius puniendi") y, a su vez, éste constituye una parte del poder estatal. Uno de los cometidos elementales del Estado es la creación de un orden jurídico, ya que sin él no sería posible la convivencia humana. El Derecho Penal es uno de los componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya empleado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencias. Por ello, la necesidad de la coacción penal se ha advertido por la Humanidad desde los tiempos más primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las más antiguas tareas de la comunidad. La opinión popular ve todavía hoy en el derecho penal el derecho por excelencia* (Hans HEINRICH JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 3° edición. Ed. Bosch. Barcelona. 1981, p. 16.), (Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Penal N° 1.201/00, V.S.).

Por lo tanto, *"la misión del derecho penal es proteger la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilite su mundo circundante (...). En cierto modo, la norma penal*

*representa la, última ratio, del instrumento del que dispone el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad (...). Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del derecho penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundados en una Sociedad libremente organizada, ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad (...). El Derecho Penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función represiva y la función preventiva del derecho penal no son, sin embargo, contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad (...). Pero incluso cuando interviene en forma represiva, el derecho penal cumple, respecto a la protección de la Sociedad, indirectamente una función preventiva: la pena justa constituye un instrumento imprescindible, en interés de la colectividad, para el mantenimiento del orden social (...). El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. En toda norma jurídico penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que, son por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal (...)* (Hans HEINRICH JESCHECK. *Ob., cit.*, p. 355)” (Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Penal N° 1.201/00, V.S.).

El *ius puniendi* del Estado tiene justificación en "el delito es rebelión del particular contra la voluntad de la ley y, como tal, exige una reparación que vuelva a ratificar la autoridad del Estado. Esta reparación es la pena" (Francesco ANTOLISEI. *Manual de Derecho Penal*. 8va. edición. Ed. Temis. Bogotá, 1988). La impunidad es injusticia, pues no da al criminal el castigo que le corresponde. Y no cumple el Estado con su misión fundamental de mantener el orden y defender los derechos de los ciudadanos, ya que "existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia" (Santiago MIR PUIG. *Derecho Penal*. Parte General. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1984, p. 38.) -Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Penal N° 1.201/00, V.S.-.

En ese contexto, cuando el legislador define la intermediación financiera como la actividad que realizan las instituciones bancarias y consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la "Nación" (sic) o empresas del Estado, mediante la realización de operaciones permitidas por las leyes de la República (Cfr. Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, la cual recoge la definición auténtica de la actividad desde la ley del sector de 1993 y, mantiene sus elementos fundamentales), postula igualmente el objeto o bien fundamental sobre el cual se desarrolla dicha actividad, el "dinero" de los bancos deben ser "destinado a la realización de operaciones de intermediación financiera; y no en cambio, pueden ser utilizados en provecho o con ventaja por los accionistas del banco, pues, el poder de disposición del banco sobre los depósitos bancarios está restringidamente regulado (*ius in re aliena*)" (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.178/09).

Debe la Sala aclarar que el legislador en el artículo 5 *eiusdem* cometió un error al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.

De ello resulta pues, que la conducta antijurídica por excelencia o que se deriva de la naturaleza misma de la actividad financiera que realizan los bancos, sea a no dudarlo, la denominada apropiación o distracción de recursos, la cual no puede concebirse bajo planos de razonabilidad y justicia como una conducta lícita o permitida por el ordenamiento jurídico. En tanto, que la propiedad de los depósitos:

*“(...) trasciende al simple acuerdo inter partes, para convertirse en un asunto del interés general; cuestión que resulta de importancia capital bajo la perspectiva de un modelo de Estado democrático social de Derecho y de Justicia, consagrado en los artículos 2 y 7 de la Carta Magna, (...) [la] facultad restringida de los montos depositados que los entes bancarios y otras instituciones financieras poseen derecho: derecho en cosa ajena, permitiendo que tales depósitos figuren como activos del ente financiero en términos contables, así como también que obtengan ganancias en nombre propio con ellos. En otras palabras, los depositantes son titulares de los montos colocados, aunque con disponibilidad limitada porque las instituciones financieras poseen derechos sobre esos montos una vez depositados, aunque se reitera, se trata de derecho en cosa ajena.*

*Es así como este derecho en cosa ajena, en el ámbito bancario, constituye propiamente un derecho innominado establecido en beneficio de las entidades financieras y que no se puede asimilar a otro tipo de derechos reales. Su operatividad, dada la más reciente aparición de los instrumentos bancarios, tiene el efecto de legitimar el lucro de los bancos porque la actividad bancaria es una gestión de carácter mercantil y tiene fines de lucro. Se trata de re-interpretar la naturaleza jurídica de las operaciones bancarias en beneficio y tutela de los depositantes, titulares derechos reales, fomentándose mayor confianza en el sistema bancario.*

*En definitiva, la actividad de intermediación financiera que cumplen los bancos configura un complejo orden de relaciones jurídicas mediante las cuales se realizan operaciones propias de la actividad financiera con los depósitos de los usuarios. Tal situación conlleva al establecimiento de limitaciones sobre el uso y disposición del dinero tanto para el banco como para los usuarios depositantes del dinero, que, se insiste, no puede basarse en una concepción reduccionista de la propiedad”.*

Por todo lo anterior, se colige que la conducta de apropiación o distracción de recursos no sea un acto indiferente, sino lesivo contra el bien común, al desconocer el interés general que subyace en las actividades económicas y en particular en el sector bancario; ya que tales conductas, como bien perfila la Constitución, son de naturaleza delictual, por lo que cualquier norma que desnaturalice su antijuricidad y el alcance de la tipicidad de las mismas, “legalizaría formalmente” un caos el sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.

En tal sentido, **dadas las características particulares que informan el presente caso, ya que en materia económica (bancaria) el ordenamiento constitucional, impone al juez constitucional, que en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que “El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente” (artículo 114 eiusdem), ello implica no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad, en tanto que aquellas si bien pueden ser delitos comunes, en el ámbito bancario tiene mayor relevancia punitiva, cuando del contenido de la norma en el que el propio legislador establece el delito, puedan identificarse los elementos que componen una norma penal perfecta.**

Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se proce-

dería a despenalizar una conducta lesiva *per se* -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.

**Esta Sala bajo ninguna posición doctrinal que se asuma, puede afirmar la existencia de algún título jurídico válido que genere la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico desarrollado en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia, más aún cuando se está en presencia de una conducta que directamente desnaturaliza y terminaría por desintegrar, el desarrollo de una actividad lucrativa -en los términos del ordenamiento jurídico estatuario que lo regula- que igualmente es un derecho humano fundamental, como lo es el de libertad económica, lo cual se constituiría en un grave e inminentemente peligro, al bienestar individual y colectivo, que impele a esta Sala a garantizar su prohibición y correcta sanción por razones de necesidad y seguridad del Estado.**

Así, bajo el principio de racionalidad que debe guiar el ejercicio del Poder Público, esta Sala advierte que ningún órgano u ente puede en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran y que reflejan un conjunto de principios y valores, que como ya se ha señalado, deben ser parte fundamental en la resolución de casos, en los cuales los tradicionales medios de interpretación normativa no ofrecen una solución justa y por mucho contrarias a los principios y normas que informan el Texto fundamental, ya que la concepción misma del Estado, hace inadmisibles que éste sea el origen del desequilibrio que se trata de evitar.

La Sala por lo tanto, sólo puede adoptar interpretaciones que consoliden el Estado Social de Derecho y Justicia y, no que lo nieguen, lo cual justifica que la norma contenida en el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, deba ser objeto de una interpretación como parte del régimen normativo de responsabilidad penal en el ordenamiento sectorial bancario, que impide que el sistema legal haga vacuo el contenido del artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, por el contrario se dé plena eficacia los principios y derechos contenidos en los artículos 2, 112, 299 y 308 *eiusdem*.

Con base en ello, del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, se evidencia que a pesar de que el legislador reconoció la antijuricidad de la conducta referida a la apropiación o distracción de recursos en materia bancaria, existe una inconsistencia en los elementos que integran la norma penal, que no permite a la aplicación de la misma (*Cfr.* Sentencia de la Sala N° 1.466/04), ya que aunado a la calificación propia del tipo penal de apropiación o distracción de recursos enunciados en el *nomen iuris* de la misma, el legislador realiza la descripción normativa de un conjunto de acciones, que en el contexto de una interpretación literal o sistemática de la norma, generan un desorden que la erigen como contradictoria y de imposible entendimiento, que la constituye en una norma contraria al contenido del artículo 114 de la Constitución, en tanto no permite calificar claramente el hecho punible que se corresponde con la pena en ella establecida.

Ciertamente, de una simple lectura del artículo 213 *eiusdem*, resulta claro que el legislador define una pena corporal de prisión de diez a quince años y multa referida a la acción típica definida en el *nomen iuris* del artículo y condensada en la voz “*distráido*”, que supone una actividad sobre el “*monto total*” sobre el cual necesariamente se debería ejercer la distracción o apropiación, pero ello no se corresponde en forma alguna con las conductas tipificadas, vale decir “*Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados o que contengan información o datos que no reflejan razonablemente su verdadera situación financiera*”, las cuales corresponderían a un tipo penal distinto como sería la “*información falsa para realizar operaciones bancarias*” (Cfr. Artículo 216 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011).

Por ello, esta Sala al verificar que el artículo 213 *eiusdem*, es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (Cfr. Sentencia de esta Sala Nros. 2/09, 1.178/09 y 490/11), aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento jurídico y, en particular, el que afecta al sistema económico (bancario), esta Sala Constitucional en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.380/09).

Ahora bien, frente a la desaplicación se plantea igualmente si la misma debe considerarse como una despenalización del delito de apropiación o distracción de recursos, como tipo penal especial aplicable en el sector bancario, para lo cual resulta necesario abordar la sucesión temporal de leyes que regulan la materia.

En tal sentido, a los fines de abordar el análisis de la sucesión de leyes que se verificó respecto del tipo penal de apropiación o distracción en el sector bancario, debe destacarse que la misma, se rige por el contenido del artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que :

*“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto benefician al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.*

*Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 9 dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

Así, no es controvertible sostener como regla general interpretativa **en el caso de sujeción de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer.**

Por ello, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que “1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

Sin embargo, **estas previsiones encuentran su límite en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:**

*“Nada de lo dispuesto en este artículo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.*

La disposición normativa parcialmente transcrita, **plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos excepcionales.**

Ello resulta particularmente patente, tanto en las leyes excepcionales como en las temporales, en las cuales si bien su vigencia pende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron, lo cierto es que en nada influye ésta, sobre la punibilidad del delito cometido, en tanto una interpretación en contrario, en la cual se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la ley más benigna, comportaría respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia.

Es por ello, que en la doctrina y en el derecho comparado se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna, no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, ya que:

*“La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone -sobre esto la doctrina es típicamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho.*

(...)

*Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; Cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, Derecho Penal, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia. El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la*

*situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho.*

(...)

*Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción” (Cfr. Revista N° 3 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en la página web consultada 12 de mayo de 2011, <http://www.cmfsas.org.ar/revista.php?id=10>).*

Asimismo, la doctrina ha señalado que “en este caso [resulta aplicable] la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio *tempus regis actum*” (Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)

De acuerdo a lo antes expuesto, **es necesario concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece expresamente la excepción al principio de retroactividad en el caso de ley más benigna, ya que se entiende que al momento de la comisión del hecho punible, tales conductas eran reprochables penalmente, pero ello como es claro, no puede afirmarse en términos generales a todas las conductas delictuales, ya que se negaría el principio constitucional de aplicación de la ley más favorable al reo.**

Sin embargo, **la delimitación del alcance de la mencionada norma cuya interpretación debe ser estricta**, debe plantearse desde un punto de vista histórico, gramatical y sistémico.

Así, debe tenerse en consideración que la justificación de la norma parcialmente transcrita tiene un valor hermenéutico fundamental, que se deriva del contexto histórico en el cual se produjo, como desarrollo o respuesta a los crímenes contra la humanidad que se produjeron en conflictos internacionales, como los verificados en la denominada “*segunda guerra mundial*”, con la comisión de actos reprochables penalmente como los de “*genocidio*” y, que además se vinculaban fundamentalmente a una visión preponderante de efectiva garantía de los derechos individuales, que en la actualidad debe adminicularse al carácter de los derechos humanos como interrelacionados, interdependientes, indivisibles y de plena tutela de los derechos fundamentales en general.

Por ello, si bien al momento de su consagración no existía el actual desarrollo respecto de otros derechos fundamentales que trascienden la esfera individual de las personas, es claro que resulta incluida en el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cualquier violación de los derechos de la comunidad o la sociedad en general, reconocidos en instrumentos internacionales y tutelados por la jurisprudencia de esta Sala sobre la base del contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 85/02). Existe entonces, una obligación de hacer y, en particular de organizar de tal manera los órganos que ejercen el Poder Público, para que éstos sean capaces en sus respectivos ámbitos de competencia de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y dentro de los cuales se incluye -de conformidad con el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, la necesidad de sancionar efectivamente los hechos contrarios a tales derechos fundamentales.

Consecuencia de lo anterior, es que de los principios generales del derecho internacional, emana la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, de modo que la obligación de sancionar estos delitos que recae sobre los Estados partes de la comunidad internacional, como el Estado Venezolano, está por encima de la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal, así conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados partes asumen dos obligaciones: respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio.

Para dar cumplimiento a esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, con la consiguiente obligación de reparar los daños producidos a las víctimas de dichas violaciones y que tal obligación tiene preeminencia sobre la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal.

Siendo así, en el caso en examen y bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Cfr. Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión), dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido, debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (2008), hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010).

Una interpretación en contrario, conduciría a sostener una afirmación que vulneraría el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto que rompiendo los principios de razonabilidad, coherencia y no arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público y, en particular de una competencia propia de esta Sala y de cualquier tribunal de la República (control difuso de la constitucionalidad), se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera y resulta contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.

**Lo anterior resulta evidente, si se cuestiona o pregunta si ante el ejercicio de una competencia como el control difuso de la constitucionalidad, es posible concluir que una actividad que resulta antijurídica y menoscaba derechos fundamentales, permitiría una interpretación que la considere como eventualmente lícita e impida el ejercicio de la actividad punitiva del Estado y el resguardo de los valores inmanentes presentes en el ordenamiento jurídico, como se afirmó *supra*, ello constituiría una “legalización” del caos del sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.**

Aunado a lo anterior, es importante señalar que la incriminación de la conducta descrita en la leyes que han regulado el sector bancario, referida a la apropiación o distracción de los recursos del banco o institución financiera, mantenida a lo largo de todas sus reformas, se llevó a cabo, por vez primera en la ley que se promulgó por Decreto N° 3.228 con Rango, Valor y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del 28 de octubre de 1993, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 4.649 del 19 de noviembre de 1993, el cual fue dictado conforme a la ley que autorizaba al Presidente de la República de Venezuela, para ese entonces, para dictar Medidas Económicas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera, sancionada por el entonces Congreso de la República el 11 de agosto de 1993; el artículo 1°, ordinal 6° *eiusdem* autorizó al Presidente de la República para ejercer la potestad normativa extraordinaria.

En tal sentido, debe destacarse que en el contexto histórico de crisis sistémica del sector bancario, se produjo como se ha señalado la primera penalización de dicha conducta en el ordenamiento jurídico sectorial de derecho público referido a la banca, lo cual instituyó para aquel momento dicho tipo como una verdadera norma excepcional derivada de la necesidad coyuntural para aquel momento de requerir de una penalización que se institucionalizó en el desarrollo de la actividad legislativa en la materia, lo cual es puesto de relieve por la doctrina, en tanto que se califica este tipo disposiciones como “*actos normativos eventuales*” (MOLES CAUBET. *Las Potestades Normativas del Presidente de la República*, en el *Libro Homenaje a Rafael Caldera*. UCV, Caracas, 1979, t. IV, p. 2086) consistentes en normas actuantes como medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Dicha reforma estaba orientada al fortalecimiento del sistema bancario, con la finalidad de promover una adecuada competencia de las instituciones y a establecer modificaciones generales a la regulación de la actividad bancaria.

En atención a lo expuesto, debe evidenciarse el sustrato inicialmente excepcional de la norma en el sistema bancario, **que se institucionalizó como una necesaria prohibición en orden a resguardar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

**De ello resulta pues, que como consecuencia de la desaplicación del artículo 213 *eiusdem*, se entiende aplicable de acuerdo a la fecha de comisión del hecho punible y con fundamento en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la norma que contenga el tipo penal al cual se adecue el hecho jurídicamente reprochable, vigente para el momento de la comisión del delito. Siendo así, en el caso que ocupa a esta Sala, se aplicará la contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008, que señala: “*Apropiación o Distracción de Recursos Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un***

**banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años”; y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal -por ser la más favorable en base al principio de ultractividad-; que comporta que la ley vigente al momento de ocurrir el hecho, es la que se aplicará para resolver el caso en concreto.**

En consecuencia, una vez resuelto el asunto sometido a conocimiento de esta Sala por el avocamiento planteado, se ordena la remisión de la presente causa a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para que la misma siga su curso en el estado en que se encuentra, de conformidad con el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

## 2. Acción de inconstitucionalidad

### A. Standard para apreciar la inconstitucionalidad de leyes reguladoras de la economía

**TSJ-SC (439)**

**27-5-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina.

Ciertamente, desde una perspectiva general, en materia de ordenación normativa económica, la Sala se ha pronunciado reiteradamente respecto de la idoneidad de las normas de regulación, al señalar que la estructura argumentativa de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de medidas en materia económica, debe ser un “(...) *discurso de gran estrictez racional, incomparablemente más riguroso que el exigido al legislador para justificar la legalidad de la restricción (...)*” (Vid. BIANCHI, Alberto B. *Control de la Constitucionalidad*, t. I, 2 Ed., Abaco, Buenos Aires, p. 263 y BAKMAS, Iván. *Los Contratos y las Leyes de Orden Público*, AdHoc, Buenos Aires, 2006, p. 125), ello debido a que “*siendo en economía imposible verificar con certeza, la viabilidad de hipótesis normativas generadas en modelos controlados, basta para el legislador acreditar que el medio elegido tiene una relación con el fin propuesto; así, la arbitrariedad quedaría descartada si se evidencia que con la restricción es posible (presunción) el logro del fin propuesto. En consecuencia, para que el juez pueda declarar la inconstitucionalidad de este tipo de normas se debe demostrar que el medio elegido es arbitrario, ya porque no tiene relación con el fin propuesto o porque su incidencia en la esfera de derechos y garantías de la sociedad afecta el núcleo esencial de los mismos vaciándolos de contenido*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08).

Desde la sentencia 2.855/02, la Sala ha señalado que rige “*en relación con las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público, el principio normativo conservacionista, conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquellos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta (Cfr. LINARES QUINTANA, Ob. cit. p. 583). Por ello, es imperativo establecer prima facie la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el Legislador con la Constitución, y, desde la existencia de una ‘duda razonable’, proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta*”.

El principio de la constitucionalidad de las leyes, no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea “razonablemente posible” que el legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales -Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, p. 96-.

No obstante, que el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso del establecimiento del régimen económico, encuentra entre otras restricciones la de coadyuvar a promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 2/09 y 1.115/10- y, es desde ese marco conceptual, que es posible sostener respecto a las políticas económicas desarrolladas por el Estado que “*existe un nivel donde la neutralidad estatal es simplemente imposible, ya que cualquiera que sea la actitud que asuma, el Estado se encuentra tomando partido a favor de una u otra forma de integración social, en defensa de tales o cuales valores*” -Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo y Privacidad*, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos aires, 2009, T. II, p. 795-.

B. *Medidas cautelares*

TSJ-SC (995)

16-6-2011

Magistrado Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Impugnación de los artículos 502, 503, 504 y 538 del Código Penal.

**En los juicios de nulidad por inconstitucionalidad, las pretensiones cautelares se juzgan con fundamento en el artículo 130 y la doctrina vinculante de la Sala sobre ese precepto normativo.**

Tal como ha sostenido reiteradamente la Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza normativa, con la finalidad de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva; medidas cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias N.ºs 523 de 8.6.00, caso *Alexis Viera Brandt*, y 1293 de 13.6.02, caso *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*, dependen fundamentalmente del cumplimiento de los requisitos que, para tal fin, establece la Ley adjetiva, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, esta Sala Constitucional ha establecido, en fallos N.ºs 444 del 5 de abril de 2011, 522 del 12 de abril de 2011, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee del artículo 130, lo siguiente:

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, en el marco de los principios generales del Derecho, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el juez constitucional dictará medidas preventivas cuando las “circunstancias del caso” revelen la existencia de presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y de riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*) ya que, bajo la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares no son meramente discrecionales de los jueces sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas, previa ponderación de “los intereses públicos en conflicto”.

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplieren los requisitos de procedencia que la justifiquen violaría el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien hubiese solicitado la medida sin el cumplimiento de sus requisitos; y al contrario, negarle tutela cautelar a quien cumpla plenamente con tales extremos implicaría una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual solo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss). Asunto distinto es que en la ponderación del cumplimiento de las circunstancias que exige la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración de las mismas que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen o no condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Ahora bien, en este caso, la solicitante alegó que está dotada de los mismas prerrogativas procesales que la República y, por tanto, conforme a lo establecido en el artículo 92 del Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no deben examinarse la presencia de los dos requisitos fundamentales de toda medida cautelar, sino sólo basta con la comprobación de uno de ellos.

Ante esa pretensión, la Sala debe puntualizar lo siguiente.

Los juicios de nulidad por inconstitucionalidad están regulados en el título XI, capítulo II, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, el artículo 129 establece los requisitos de la demanda, el 130 las medidas cautelares, el 133 las causales de inadmisión de la demanda y los siguientes lo atinente al procedimiento. No cabe duda, entonces, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es el marco legal regulatorio de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad, incluso, de manera expresa, incluyó lo concerniente a las medidas cautelares. En relación con las medidas cautelares, como quedó expuesto anteriormente, es doctrina vinculante de esta Sala, establecida en los fallos ya citados, que en la jurisdicción constitucional deben cumplirse de manera concurrente, los requisitos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podrá decretar la medida preventiva. Además, debe destacarse el añadido que hizo el legislador en materia de Derecho Público y, más concretamente en el ámbito de la justicia constitucional, cuando dispuso expresamente que el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses públicos en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Ha sido doctrina de esta Sala, reiterada en sentencia N° 1394 del 14 de agosto de 2008, que:

*“... en materia de solicitud de medida cautelar acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad (Cfr. fallo n° 1.181/2001 del 29.06, caso: Ronald Blanco La Cruz) ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la Gaceta Oficial, aplicándose únicamente como medida de protección cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, por tanto, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación, ya que su manejo desequilibrado causaría un quebrantamiento del principio de autoridad.”*

Por otra parte, la Sala considera que el estudio sobre la constitucionalidad de un precepto normativo exige un análisis objetivo, con aplicación de la técnica del test constitucional, -compatibilización de la norma impugnada con el texto constitucional-, en el que no se debe distinguir entre las personas que planteen la nulidad. En efecto, constituiría un alejamiento a la correcta impartición de justicia que la Sala modificara su juzgamiento según la naturaleza de la persona que solicita la nulidad. La Sala actúa con base en la competencia que le fue atribuida constitucionalmente y su cometido es erigirse como la máxima intérprete y garante del orden constitucional, indistintamente de quién proponga la demanda. Muestra objetiva de tal deber ser, es la facultad inquisitiva y posibilidad de dictar medidas cautelares de oficio, cuando los intereses en juego y el sistema constitucional así lo requieran.

En resumen, esta Sala concluye que visto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el capítulo referido a los procesos ante la Sala Constitucional, regula expresamente las medidas cautelares, norma que ya la Sala señaló hace suyos los tradicionales requisitos de procedencia de toda protección cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) y un tercero referido a la ponderación de intereses, decide que en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad, las pretensiones cautelares se juzgan con fundamento en el artículo 130 y la doctrina vinculante de la Sala sobre ese precepto normativo.

### 3. Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos

**TSJ-SC (494)**

**12-4-2011**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Asociación Civil para el Rescate del Patrimonio Histórico de Venezuela (Apahive) y otros vs. Ministerio del Popular de la Vivienda y otros.

**La Sala Constitucional dicta las reglas con base en las cuales serán encausadas al nuevo procedimiento las demandas por derechos e intereses colectivos o difusos que se encontraban en trámite para el momento de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.**

Al margen de la declaratoria anterior, es válida la ocasión para precisar las reglas procedimentales con base en las cuales las demandas por derechos e intereses colectivos o difusos que cursan ante esta Sala se encausarán al nuevo procedimiento pautado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Como es sabido, en el Título XI, Capítulo III de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia el legislador fijó, por vez primera, las reglas procesales que habrán de regir las demandas por derechos e intereses colectivos o difusos. Hasta esa oportunidad, las demandas autónomas por esta categoría derechos e intereses se tramitaban atendiendo a las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de esta Sala N° 2354/2002 de 3 de octubre (caso: *Carlos Tablante*), que con algunas variaciones, propias de la naturaleza jurídica de lo controvertido en este tipo de causas, remitía a los artículos 868 a 877 del Código de Procedimiento Civil, referidos al procedimiento oral; sin embargo, en la mencionada Ley Orgánica que rige a este Alto Tribunal no se previó la transitoriedad para los asuntos que ya se encontraban en trámite cuando entró en vigencia la Ley, lo que resulta imprescindible visto que la estructura procesal de ambos procedimientos es diferente.

Es así como, en la sentencia N° 2354/2002 de 3 de octubre (caso: *Carlos Tablante*), se indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Mientras que el procedimiento estipulado en la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se señala:

[omissis artículos 146-166]

Al ser ello así, visto el hecho cierto de que cursan ante esta Sala diversas demandas autónomas por derechos e intereses colectivos o difusos que se encuentran en distintas etapas de las fases procesales pautadas por la sentencia N° 2354/2002 de 3 de octubre (caso: *Carlos Tablante*) y los artículos 868 a 877 del Código de Procedimiento Civil; y visto el mandato constitucional de que las leyes procesales se apliquen desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso (*ex*: artículo 24), esta Sala Constitucional procede a dictar las reglas con base en las cuales serán encausadas al nuevo procedimiento las demandas por derechos e intereses colectivos o difusos que se encontraban en trámite para el momento de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. A tal efecto, se indica:

- I) Las demandas autónomas por derechos e intereses colectivos o difusos que hayan sido interpuestas con anterioridad al 29 de julio de 2010 (oportunidad en que entró en vigencia la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) y a la fecha de esta decisión no hayan sido admitidas se tramitarán por el procedimiento pautado en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- II) Las demandas autónomas por derechos e intereses colectivos o difusos que hayan sido interpuestas y admitidas con anterioridad al 29 de julio de 2010, cuya citación y notificación estén en trámite; o, en el caso de que ya se hayan efectuado, no se hubiera verificado la contestación de la demanda, la contestación se hará en el lapso de los diez (10) días de despacho a que se refiere la parte *in fine* del artículo 155 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Luego, la causa se tramitará de conformidad con los preceptos siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- III) Las demandas autónomas por derechos e intereses colectivos o difusos que hayan sido interpuestas y admitidas con anterioridad al 29 de julio de 2010, pero que además de la citación y la notificación se haya ordenado el emplazamiento de los interesados mediante cartel; y aún estén en trámite o, en el caso de que ya se hayan efectuado, no se hubiera verificado la contestación de la demanda, la causa se tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el supuesto de que el cartel de emplazamiento no se haya librado, retirado, publicado o consignado, la causa se regirá a partir de lo señalado en el artículo 153 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

- IV) En las causas donde se haya vencido la oportunidad para contestar la demanda; o aquellas en las que además se haya fijado la audiencia preliminar sin que efectivamente se hubieran celebrado, la causa se tramitará de conformidad con lo establecido en el artículo 156 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

- V) Las causas en las que se haya celebrado la audiencia preliminar pero no se haya dictado el auto de fijación de los hechos, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en los artículos 156 y siguientes de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- VI) Las causas en las que se haya celebrado la audiencia preliminar y se haya dictado el auto de fijación de los hechos se tramitarán, sólo a los efectos de la promoción de las pruebas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil. Finalizado el lapso probatorio a que se refiere este artículo, la causa se tramitará de conformidad con lo establecido en la parte *in fine* del único aparte del artículo 156 y demás artículos de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- VII) Las causas en las que haya vencido la fase probatoria pero no se haya fijado la audiencia oral; o, de haberse fijado, aún no se haya celebrado efectivamente, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en los artículos 157 y siguientes de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, visto el contenido decisorio del presente fallo se ordena su publicación en la gaceta judicial y su reseña en el portal *web* del Tribunal Supremo de Justicia; dejándose dicho que comenzará a surtir sus efectos de pleno derecho en cada causa en trámite a los treinta (30) días continuos a partir de su publicación en la Gaceta Judicial. Por lo cual, los lapsos a que se refiere cada una de las fases procesales a las que remite los incisos anteriores se computarán vencidos estos treinta (30) días.

#### 4. *Acción de Amparo Constitucional*

##### A. *Competencia. Órganos: Juzgados de Municipio*

**TSJ-SC (1036)**

**28-6-2011**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Luis Rafael Aponte Aponte vs. CANTV

**La Sala Constitucional declaró competentes –temporalmente- a los Juzgados de Municipio en lo Civil, para conocer de las acciones de amparo constitucional, mientras se crean los Juzgado de Municipio en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

Revisadas las actas del presente expediente se observa que el presente caso trata de un conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, con ocasión del conocimiento de la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Luis Rafael Aponte Aponte contra la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela CANTV, por la suspensión de la línea telefónica de la que es titular el precitado ciudadano.

En efecto, el Juzgado Octavo de Primera Instancia lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, luego de analizar el contenido del libelo de demanda, concluyó que la materia debatida era de naturaleza contencioso admi-

nistrativa, motivo por el cual declinó la competencia ante el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital. Por su parte, el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, el cual conoció en virtud de la declinatoria de competencia planteada por el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas estimó, en su decisión del 16 de febrero de 2011, que tampoco era competente, pues, si bien correspondía su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, el competente era cualquiera de los Juzgados de Municipio de la localidad (con competencia transitoria en lo contencioso administrativo), de conformidad con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, razón por la cual planteó el conflicto negativo de competencia.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en su artículo 7, determina cuál es el tribunal competente para conocer de las acciones de amparo constitucional, de la siguiente forma:

*“Artículo 7: Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.*

*En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.*

*Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.*

*Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley.”*

Del análisis del mencionado artículo se impone colocar en relación de afinidad o proximidad dos elementos: la materia de competencia del tribunal, especial u ordinaria, y la naturaleza del derecho o de la garantía constitucional violada o amenazada de violación; en otras palabras, se trata de atribuirle la competencia de las acciones de amparo a los Tribunales que se encuentren más familiarizados por su competencia con los derechos o garantías constitucionales que sean denunciados (*vid.* sentencia 2583/2004, caso: *Rafael Isidro Troconis Durán*). De esta forma, queda establecido claramente que la intención de la Ley fue la de atribuirle competencia en materia de amparo a aquel Juez que tuviera mejor conocimiento del derecho o garantía constitucional a ser debatido durante el proceso de amparo constitucional (afinidad).

Al respecto, observa esta Sala que, en un caso idéntico, en sentencia N° 1039 del 27 de octubre de 2010, caso: *Telecomunicaciones Cablene C.A.*, resolvió el conflicto de competencias planteado y declaró competente a la jurisdicción contencioso administrativa para tramitar en primera y segunda instancia la acción de amparo ejercida contra la interrupción de un servicio público. En el fallo aludido, la Sala precisó:

*“En el presente caso, se observa que la interposición de la pretensión de amparo se ejerce contra la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), por lo que siendo que la empresa presta un servicio público, mediante una relación jurídico administrativa (artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Eléctrico), se trata de una empresa en la que el Estado tiene participación decisiva, y que a su vez es filial de la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC), todo ello es afín con la competencia propia de la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución, por lo que le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa el conocimiento del presente amparo. Así se declara.*

*En tal sentido, se advierte que, con respecto a la distribución competencial en amparo constitucional contra actos administrativos, esta Sala, en sentencia N° 1700/07.08. 2007, estableció como criterio vinculante, lo siguiente:*

*'Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (Vg. Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional.*

*En igual sentido, y para armonizar criterio, lo mismo ocurrirá si el amparo autónomo se interpone contra un ente u órgano de estas características que, con su actividad o inactividad, haya generado una lesión que haya acontecido en la ciudad de Caracas: en este caso la competencia recaerá en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.*

*Por último, en caso de apelación, la competencia en este supuesto sí corresponderá a las Cortes, quienes decidirán en segunda y última instancia en materia de amparo`.*

*En relación a lo anterior, hay que tomar también en consideración la sentencia N° 1659/01.12.2009 de esta Sala, en la que se señaló que en los casos en que esté: '...atribuida la competencia por ley para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos, la competencia para conocer de los amparos constitucionales, le corresponden a dichos órganos jurisdiccionales...`.*

*Siendo ello así, debe esta Sala precisar que si bien la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estipula como competencia de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de las demandas contra las corporaciones y empresas públicas o privadas, por la prestación de servicios públicos, lo cierto es que, **de conformidad con la Disposición Final Única de esa Ley, la estructura orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa entrará en vigencia 180 días después de su publicación en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010, lo cual aún no han transcurrido.***

*Por tanto, visto que no existe una norma específica atributiva de competencia, tal como se señaló en la citada sentencia N° 1659/01.12.2009, esta Sala, de conformidad con lo señalado en el precedente recaído en la sentencia N° 1700/07.08.2007, declara que el tribunal competente para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta por los representantes legales de Telecomunicaciones Cablene, C.A., y Sudvisión Urachiche, C.A., contra la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), por la suspensión de la prestación del servicio eléctrico, es el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte, con sede en Valencia, Estado Carabobo, al cual deberán remitirse los autos inmediatamente". (Resaltado de esta Sala)*

Teniendo claro que a la Jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde el conocimiento de las acciones derivadas de la prestación de servicios públicos, por expresa mención del artículo 259 constitucional, corresponde precisar cuál de los tribunales que la conforman es el competente para resolver el caso de autos.

En tal sentido, observa esta Sala que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creó una nueva estructura orgánica en la cual atribuyó expresamente a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el cardinal 1 del artículo 26, la competencia para conocer:

*"1. Las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos".*

Igualmente, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyó provisionalmente la competencia para resolver las demandas por prestación de servicios públicos a los Juzgados de Municipio con competencia ordinaria. La referida norma establece:

*“Sexta: Hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocerán de las competencias atribuidas por esta Ley a dichos tribunales, los Juzgados de Municipio”.*

Al respecto, considera esta Sala que habiendo vencido la *vacatio legis* de ciento ochenta (180) días establecida en la Disposición Final Única de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que entrara en vigencia la nueva estructura orgánica señalada en el referido cuerpo normativo, sin embargo a la fecha los mismos aún no han sido creados, por lo que atendiendo a la Disposición Transitoria Sexta de la referida ley, que atribuyó provisionalmente a los Juzgados de Municipio de la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de las demandas por la prestación de servicios públicos aludida en el cardinal 1 del artículo 26 *eiusdem*, es a estos últimos a quienes compete conocer en primera instancia de la presente acción de amparo constitucional.

Atribuir la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional por la prestación de servicios públicos a los Juzgados de Municipio con competencia en lo Contencioso Administrativo, es una ratificación del criterio jurisprudencial contenido en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 1659 del 1 de diciembre de 2009, que reinterpreto el criterio establecido en su fallo N° 1700 del 7 de agosto de 2007, en el sentido de que estando atribuida la competencia por ley para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos, la competencia para conocer de los amparos constitucionales le corresponde a dichos órganos jurisdiccionales, quedando en consecuencia la aplicación del referido criterio para aquellos casos en los que no exista una competencia expresa de la ley.

En estricta consonancia con lo antes dicho, encuentra esta Sala que la intención del legislador de atribuir todas las “demandas” derivadas de prestación de servicios públicos (sin distinguir el legislador entre reclamo de prestación de servicios públicos o acción de amparo constitucional), en el cardinal 1 del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a los Juzgados de Municipio con Competencia en lo Contencioso Administrativo, fue la de concentrar esos litigios en los tribunales más cercanos a la ciudadanía, que permitan la solución rápida y acorde con la tutela requerida, el acceso y control de la comunidad, así como descongestionar a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, quienes, para garantizar la garantía a la doble instancia, sólo conocerán en apelación de las decisiones dictadas en aquellos procesos (artículo 75 *eiusdem*).

Conforme a lo anterior, esta Sala considera que le asiste la razón al Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en virtud de que el accionante solicitó la tutela constitucional en razón de aspectos que constituyen la especialidad del derecho administrativo, específicamente el inherente a la prestación de servicios públicos consagrada en el artículo 259 constitucional, siendo que el elemento determinante de la competencia por la materia en el presente caso viene dado por la interrupción del servicio telefónico del que es titular, en detrimento de sus derechos de comunicación y laboral; por ende, al haberse invocado la protección constitucional de un derecho enmarcado en una relación administrativa, como es la continuidad en la prestación de un servicio público, la acción de amparo constitucional invocada debe ser resuelta por cualquiera de los Juzgados de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conforme lo prevé la Disposición Transitoria Sexta y el cardinal 1 del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a los cuales se ordena remitir de inmediato el presente expediente.

Bajo la perspectiva anterior, esta Sala declara expresamente que el criterio sentado en el presente fallo tendrá aplicación hasta tanto se creen los Juzgados de Municipio en lo Contencioso Administrativo, los cuales una vez entren en funcionamiento asumirán la competencia para conocer en primera instancia de las acciones de amparo constitucional derivadas de la prestación de servicios públicos.

Finalmente, como quiera que el presente fallo introduce un cambio en la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional en materia de prestación de servicios públicos, la Sala ordena la publicación del presente fallo en su página web y en la Gaceta Judicial, así como la remisión de copia certificada del mismo a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, para que, como cúspide de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la difunda entre los órganos que la conforman. Así se decide.

B. *Amparo contra sentencias: Inadmisibilidad*

**TSJ-SC (1008)**

**28-6-2011**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Maria Lourdes Afiuni Mora vs. Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas

**Al juez constitucional sólo le está dado enjuiciar las actuaciones que sean dictadas en menoscabo de los derechos o garantías constitucionales de los justiciables, pero en ningún caso puede revisar la aplicación del derecho de los órganos judiciales -como es la revisión de una medida de coerción personal-, a menos que de ello derive una lesión directa a un derecho o garantía consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**

En el presente caso, la apelación en amparo constitucional se ejerció contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2011 por Sala N° 8 de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional ejercida contra el fallo dictado el 20 de enero de 2011 por el Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Área Metropolitana de Caracas y, en consecuencia, mantuvo la medida judicial de privación de Libertad que pesa sobre la ciudadana María Lourdes Afiuni Mora, lo cual presuntamente vulneró los derechos constitucionales de su defendida, consagrados en los artículos 43 y 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Según lo alega la defensa, la pretendida violación constitucional surge de la negativa del Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Área Metropolitana de Caracas, de sustituir la medida judicial de privación de libertad, que pesa sobre su defendida por una menos gravosa de las establecidas en el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal.

La referida declaración de improcedencia, proferida por el órgano jurisdiccional, denunciada como lesiva- se fundamentó en el hecho que las circunstancias que originaron la privación judicial de libertad no habían variado, lo cual fue recurrido por el accionante en vía de amparo constitucional por ante la Sala N° 8 de la Corte de Apelaciones de ese mismo Circuito Judicial Penal, cuya decisión declaró inadmisibles la pretensión de amparo solicitada, por considerar que “*el accionante efectivamente contaba con un medio judicial para satisfacer su pretensión*”, estimando que “*dicha situación se subsume en el supuesto normativo contenido en el numeral 5 del 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*”.

Ahora bien, la Sala ha sostenido que, las decisiones que guardan relación con la imposición de una medida de coerción personal, no son susceptibles de ser accionadas en amparo constitucional, ya que se trata de un acto jurisdiccional inmerso en la esfera de su competencia, por lo que no puede ser considerado lesivo a derechos constitucionales, tal como lo ha señalado en sentencia 1220 del 16 de junio de 2005, (caso: “*Boris Alexander Pacheco Núñez y otros*”) en la que se expresó:

*“En efecto, las medidas cautelares sustitutivas deben ser impuestas tomando en cuenta las exigencias establecidas en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, esto es, la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable a imponer, todo ello a fin de que las mismas sean suficientes para asegurar la finalidad del proceso. En el caso de autos, si bien a los hoy accionantes se les acordó una medida cautelar sustitutiva de libertad, la pretendida sustitución de ésta por una menos gravosa, con base en sus supuestos estados de pobreza no obliga al juzgador a acordar dicha sustitución, dada la evidente inmutabilidad de las circunstancias que, en principio, originaron la imposición de la caución personal.*

*Es por ello que, (...) la negativa de sustitución de las medidas cautelares sustitutivas de libertad de los accionantes –decisión impugnada- no constituye una actuación del órgano jurisdiccional fuera de su competencia, mucho menos lesiva de los derechos constitucionales denunciados. En el caso que se examina, los supuestos en los que está planteada la acción evidencian que lo que se pretende, no es la restitución de una situación jurídica supuestamente infringida, sino la nulidad de una decisión por vía de amparo constitucional”.*

En atención a la citada decisión; ciertamente, la potestad de revisión de las medidas cautelares personales, bien sea de privación judicial de libertad o sustitutivas de esta, compete al Juez de Primera Instancia Penal conocedor de la causa, quien tiene la facultad legal de revisarlas de oficio cada tres meses y de examinar la necesidad de mantenerlas, revocarlas o sustituirlas; así mismo, el imputado tiene la posibilidad de solicitar su revisión las veces que considere necesarias, de allí, justamente, deviene la prohibición de recurrir su negativa, a tenor de lo establecido en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal vigente.

Así las cosas, al juez constitucional sólo le está dado enjuiciar las actuaciones que sean dictadas en menoscabo de los derechos o garantías constitucionales de los justiciables, pero en ningún caso puede revisar la aplicación del derecho de los órganos judiciales -como es la revisión de una medida de coerción personal-, a menos que de ello derive una lesión directa a un derecho o garantía consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así lo ha señalado la Sala en sentencia Nº 422/2009 (caso: “*Mirna Mabel Che García*”), donde ratificó el criterio que expuso en sentencia Nº 828/2000 (caso: “*Segucorp C.A., y otros*”), en la que expresó:

*“(En) el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede supervisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o de los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la Constitución. No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, se trata de la reafirmación de los valores constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución. Para que el amparo proceda, es necesario que exista una infracción por acción u omisión a una norma constitucional, sea esta realizada mediante desconocimiento, mala praxis, o errada interpretación de normas legales o sub-legales, siempre que ella enerve el goce y ejercicio pleno de un derecho constitucional (...).”*

No obstante ello, al Juez constitucional le compete, **excepcionalmente**, ejercer el control externo de las medidas de coerción personal -en especial la medida judicial de privación de libertad, “a los fines de velar por la salvaguarda del derecho fundamental a la libertad personal. Dicho control externo se traduce en supervisar que la decisión judicial contentiva de la medida se sustente en una motivación fundada y razonada, en otras palabras, que haya sido dictada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la prisión preventiva, concretamente, constatando si los fundamentos de la decisión son suficientes (es decir, si se han plasmado los presupuestos que autorizan y justifican la medida), razonada (esto es, la expresión del proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionada (a saber, si se han ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad), neutralizando así cualquier posibilidad de que tal provisión cautelar sea dictada bajo el manto de la arbitrariedad” (sentencia 492/2008, de 1 de abril, que ratifica sentencia n° 1.998/2006, de 22 de noviembre). Sin embargo, en el caso que ocupa a esta Sala, resultaría inoficioso el ejercicio del **control externo** de la medida judicial de privación de libertad, que es el objeto de la pretensión originaria de la demanda de amparo incoada, en tanto que, al abordar lo referido por la parte recurrente en su escrito de formalización de la apelación ejercida, que indica: “ratifico la Apelación por cuanto a pesar que para este momento, nuestra colega María Lourdes Afiuni Mora no se encuentra detenida en el Instituto Nacional de orientación Femenina (INOF) y gracias a Dios fue a una operación de emergencia de la cual se recupera en su residencia junto a sus familiares, bajo una fuerte custodia militar desde todo punto de vista innecesaria.(sic) Igualmente estimo que a mi Representada le siguen conculcando el Derecho a la Libertad Personal contemplado en el artículo 44 de la Constitución Nacional”, se evidencia que la misma fue sustituida por una medida menos gravosa, conforme lo establece el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal.

De manera que, se observa del párrafo parcialmente transcrito que, la pretensión del recurrente en apelación, que no era otra que el examen de la medida judicial de privación de libertad impuesta a su defendida, quedó satisfecha tras la revisión de la medida cautelar y la imposición de una medida menos gravosa, consistente en el arresto domiciliario, acordada por el Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en el devenir de esta instancia constitucional, con lo que cesa la presunta violación constitucional originaria, alegada por la defensa, en su escrito recursivo de amparo constitucional, dirigido a la impugnación de la negativa de revisión de la medida judicial de privación de libertad que pesaba sobre la ciudadana María Lourdes Afiuni Mora.

Ello así, la tutela constitucional invocada por el defensor accionante, tiene por objeto la medida judicial privativa de libertad que pesaba sobre su defendida, y no la medida cautelar sustitutiva acordada, -arresto domiciliario- que en esta instancia pretende alegar, al indicar que: “Igualmente estimo que a mi Representada le siguen conculcando el Derecho a la Libertad Personal contemplado en el artículo 44 de la Constitución Nacional que determina que tenemos el derecho a ser Juzgados en libertad, excepto por la razones determinadas por la Ley apreciadas por el juez o jueza en cada caso. Este derecho a ser Juzgada en Libertad se le violenta a la Jueza María Lourdes Afiuni Mora cuando se le mantenía .encarcelada en el Instituto Nacional de Orientación Femenina sin argumento alguno, en detrimento del artículo constitucional antes citado así como del artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal en concordancia el artículo 264 ejusdem, e igualmente cuando ahora le mantiene detenida en su residencia (Resaltado y subrayado de la Sala) bajo una exagerada e invasiva custodia de la Guardia Nacional.”. Por lo tanto, no es posible modificar, en esta instancia el objeto de la acción incoada, pretendiendo crear una demanda distinta a la propuesta en prime-

ra instancia constitucional, al referirse, ya no a la revisión de la medida judicial de privación de libertad, -lo que ya fue satisfecho- sino al arresto domiciliario, impuesto como medida menos gravosa, cambiando su petición, en su escrito de formalización de la apelación, al de examen y revisión de la medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad, acordada. En consecuencia, no le es dable al accionante en amparo cambiar el objeto de su pretensión inicial, en esta instancia constitucional, cuando devenga sobrevenidamente inadmisibile, por el cese de la situación jurídica que se invoque infringida. Y así se decide

Visto que la privación judicial preventiva de libertad impugnada en amparo quedó sin efecto cuando el Juzgado, presunto agravante, decretó unas medidas cautelares sustitutivas a favor de la presunta agraviada, -lo que es notoriedad judicial- y con ello cesó la lesión constitucional denunciada, forzoso es concluir que la acción de amparo interpuesta devino inadmisibile, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual “no se admitirá la acción de amparo: 1) Cuando hayan cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantías constitucionales, que hubiesen podido causarla (...)”, pues dicha norma establece, como presupuesto de admisibilidad para el ejercicio de la acción de amparo, que la amenaza o violación del derecho o garantía constitucional se encuentre vigente. Aunado a que la pretensión de la quejosa, guarda relación con la imposición de medidas de coerción personal, que son competencia del órgano jurisdiccional, y no constituye lesión a los derechos constitucionales invocados como. Y así se decide.

En atención a las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara sin lugar el recurso de apelación ejercido y, en consecuencia, confirma, en los términos que han quedado expuestos en el presente fallo, la sentencia dictada el 2 de febrero de 2011, por la Sala N° 8 de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas, que declaró inadmisibile el amparo ejercido. Así se decide.

## X. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. Terminación de la relación de empleo público. Renuncia tácita

**TSJ-SC (468)**

**8-4-2011**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Carmen Cecilia Cuevas Romero vs. Instituto Nacional de Cooperación Educativa (hoy Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista)

**Las inasistencias injustificadas al trabajo, consistentes en que la querellante no se reincorporó a su cargo una vez vencido el permiso especial que gozaba en virtud de haber sido electa para ejercer un cargo de representación popular, no pueden ser consideradas como una renuncia tácita. Voto Salvado.**

La revisión a que hace referencia el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ejerce de manera facultativa esta Sala Constitucional, siendo discrecional entrar al análisis de los fallos sometidos a su conocimiento. Ello es así, por cuanto la facultad de revisión no puede ser entendida como una nueva instancia, ya que la misma sólo procede en casos de sentencias que han agotado todos los grados jurisdiccionales establecidos por la Ley y, en tal razón, tienen la condición de definitivamente firmes. (Vid. sentencias del 2 de marzo de 2000 caso: *Francia Josefina Rondón Astor*, del 13 de julio de 2000 caso: *Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda*).

De manera, que la Sala se encuentra en la obligación de considerar todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, pero no de concederla y proceder a realizarla, por lo que su negativa no puede, en caso alguno, constituir violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes.

Así, esta Sala en sentencia del 6 de febrero de 2001, (caso: *Corporación de Turismo de Venezuela (Corpoturismo)*), sostuvo que la revisión viene a incorporar una facultad estrictamente excepcional, restringida y extraordinaria para la Sala Constitucional, que debe cohesionarse con la garantía constitucional de la cosa juzgada judicial, cuya interpretación debe realizarse de una manera estrictamente limitada, por lo que *“esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere”* incluso *“sin motivación alguna, cuando en su criterio constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales”*.

En el presente caso, se pretende la revisión de una decisión definitivamente firme dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que al conocer el recurso de apelación ejercido por el ente querellado contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2007, por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, revocó el fallo objeto de apelación, y, sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional.

A los fines de fundamentar la solicitud de revisión, el apoderado judicial de la solicitante denunció la violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, la cual, en su criterio, se configuró cuando la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a pesar de que reconoció que su representada no renunció al cargo del Supervisor Docente, utilizó como fundamento para declarar sin lugar el recurso contencioso funcional una figura que, a juicio del apoderado de la solicitante, no existe en el ordenamiento jurídico como lo es la renuncia tácita.

Al respecto, la Sala observa, que la solicitante en el recurso contencioso funcional intentado contra el acto administrativo contenido en el Oficio N° 294000627 del 15 de noviembre de 2000, suscrito por el Gerente General de Recurso Humanos del Instituto Nacional de Capacitación Educativa, mediante el cual se le notificó que *“(...) en virtud que la Junta Administradora no se pronunció en cuanto al segundo permiso no remunerado que usted solicitó esta vez indefinido por el tiempo que durare su investidura para desempeñarse como alcaldesa del Municipio Zamora del estado Miranda, el mismo debe considerarse como no concedido. En consecuencia a partir del vencimiento del primer permiso (15/12/1995) que se le otorgara por cuatro meses (...) usted dejó de pertenecer a la nómina de esta institución, por lo que mal podría pretender ser incorporada casi cinco años después de haberse producido su retiro definitivo. En consecuencia esta Gerencia encuentra IMPROCEDENTE su solicitud”*, peticionó, entre otras cosas, que se le reincorporara al cargo de Supervisor Docente el cual ejerció hasta el momento que solicitó un permiso no remunerado, por haber sido electa Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda, el cual operaba de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa; el tribunal contencioso administrativo declaró con lugar el recurso por cuanto consideró que el ente querellado incurrió en una vía de hecho al retirar a la recurrente de nómina sin un acto previo en el cual se manifestara la voluntad de retirarla del cargo, lo que dejó en estado de indefensión a la recurrente. Dicha decisión subió a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, por la apelación del ente querellado, quien revocó la decisión apelada. En su fallo (objeto de revisión) señaló que la recurrente si bien se encontraba investida de un permiso especial en virtud de haber sido electa para ejercer un cargo de representación popular, el cual conforme a lo dispuesto el artículo 70 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administra-

tiva se entendería concedido a partir de la fecha de su incorporación al cargo en el que fue elegida, que en el caso particular, fue desde el 3 de enero de 1996 hasta el 10 de enero de 1999, “*la renuncia de la querellante se exteriorizó a través de su comportamiento, existiendo la declaración de voluntad tácita de éste de regalar su cargo, aún sin querer mediante palabra escrita u oral*”, por cuanto no se incorporó a sus funciones para la última de las señaladas fechas, sino casi veintiún meses después.

Ello así, la Sala estima pertinente formular algunas consideraciones respecto a la renuncia, una de las causas de egresos de los funcionarios al servicio de la Administración Pública, la cual se encontraba previstas en artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa, aplicable al caso de autos en *rationae temporis*, y establecía lo siguiente:

*“El retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos:*

Por renuncia escrita del funcionario debidamente aceptada;

*...omissis...*

Conforme a la norma transcrita, para que la renuncia de un funcionario al servicio de la Administración Pública se considere válida y por consiguiente puede surtir plenos efectos jurídicos, como es el egreso efectivo de organismo o ente, es necesario que ocurran dos elementos en forma concurrente, a saber, que la misma se presente en forma escrita y que sea aceptada por la Administración.

Por otra parte, tenemos que el artículo 32 de la Ley de Carrera Administrativa, señalaba lo siguiente:

*“La aceptación de un nuevo destino incompatible con el que se ejerza implica la renuncia del anterior, salvo las excepciones contempladas en la Ley”.*

Dicha norma prevé, la figura de la renuncia tácita, la cual opera de pleno derecho cuando un funcionario acepta un cargo incompatible con el que ejerce, exceptuando los cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios, o electorales declarado por la Ley compatible con el ejercicio de un destino público remunerado (ex artículo 31). Ello así, la renuncia tácita se produce sólo en el caso mencionado, esto es, como consecuencia jurídica ante la existencia de una incompatibilidad para el ejercicio de cargos públicos y, no puede extenderse a ningún otro supuesto, en tanto que una interpretación como la dada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo afectaría el derecho a la estabilidad de los funcionarios públicos de carrera.

En el presente caso, se observa que no se dieron los elementos para considerar que exista una renuncia tácita por parte de la querellante, pues –según alega– no se reincorporó a su cargo en el ente querellado por cuanto no requería un tiempo adicional para poder hacer la “entrega del cargo”, pero no consta en autos que la referida funcionaria haya ejercido otro cargo público compatible con el anterior. Así, en todo caso, de haber estimado la Administración que no procedía la extensión del permiso no remunerado por las razones alegadas por la querellante, lo propio era dictar el acto administrativo contentivo de la negativa y/o, en todo caso, iniciar el correspondiente procedimiento administrativo-disciplinario por las presuntas inasistencias al trabajo.

Bajo estas premisas, aprecia la Sala, que las inasistencias injustificadas al trabajo, como pudo haber sucedido en el caso particular, consistentes en que la querellante no se reincorporó a su cargo una vez vencido el permiso especial que gozaba en virtud de haber sido electa para ejercer un cargo de representación popular, no pueden ser consideradas, como una renuncia tácita. Pues, ante tal conducta -la cual, en todo caso, se encontraba tipificada una

causal de destitución, concretamente, la contenida en el numeral 4 del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa-, el ente querellado, debió abrir -de ser tal el caso- un procedimiento disciplinario y en el supuesto de quedar comprobado los hechos imputados, imponerle la sanción de destitución correspondiente, ya que el proceder a retirar a la querellante de nómina sin un acto administrativo previo, constituyó una vía de hecho, que como lo señaló el juzgado superior contencioso, la colocó en estado de indefensión.

Ello así, es necesario reiterar que la aplicación de la disposición contenida en el artículo 49 Constitucional, el cual determina el derecho al debido proceso y a la defensa, entre otros, constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, bien sea judicial o administrativo.

En virtud de tales razonamientos, considera la Sala que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se apartó expresamente de la doctrina de esta Sala Constitucional respecto al debido proceso en el marco de las actuaciones administrativas, al aplicar a la hoy solicitante, la figura jurídica de la renuncia tácita, cuando en el caso de auto, no se planteaba el supuesto establecido en el artículo 32 de la Ley Carrera Administrativa y así justificar la actuación del ente querellado, el cual procedió a retirar a la querellante de nómina sin concurrir alguna de las causas establecidas en el artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa, motivo por el cual se anula la sentencia Nro. 01799 del 29 de octubre de 2009, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativa y se ordena a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a lo expuesto en este fallo. Así se decide.

*Voto Salvado de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán*

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que declaró HA LUGAR la solicitud de revisión constitucional presentada por la ciudadana CARMEN CECILIA CUEVAS ROMERO contra la decisión N° 01799 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 29 de octubre de 2009, que: 1) DECLARÓ CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) contra la sentencia proferida por el Juzgado Superior Cuarto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital el 17 de enero de 2007; 2) REVOCÓ el fallo objeto de apelación; 3) DECLARÓ SIN LUGAR la querrela funcional; y, 4) DECLARÓ INADMISIBLE por caduca la solicitud de que se le pagaran: la diferencia de los intereses de las prestaciones sociales, el bono de transferencia, el corte de antigüedad al 18 de junio de 1997 y el bono único.

A tal efecto, luego de realizar algunas consideraciones en torno a la renuncia de los funcionarios públicos y de descartar que en el caso de autos no se estaba en presencia de la renuncia tácita a que se refería el artículo 32 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la mayoría sentenciadora estimó que:

...las inasistencias injustificadas al trabajo, como pudo haber sucedido en el caso particular, consistentes en que la querellante no se reincorporó a su cargo una vez vencido el permiso especial que gozaba en virtud de haber sido electa para ejercer un cargo de representación popular, no pueden ser consideradas, como una renuncia tácita. Pues, ante tal conducta -la cual, en todo caso, se encontraba tipificada una (sic) causal de destitución, concretamente, la contenida en el numeral 4 del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa-, el ente querellado, debió abrir -de ser tal el caso- un procedimiento disciplinario y en el supuesto de quedar comprobado los hechos imputados, imponerle la sanción de destitución correspondiente, ya que el proceder a retirar a la querellante de nómina sin un acto administrativo previo (sic), constituyó una vía de hecho, que como lo señaló el juzgado superior contencioso, la colocó en estado de indefensión.

De allí que, en criterio de la sentencia disentida, con la sentencia cuya revisión se solicita, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se comprometieron los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa (artículo 49), aplicables a cualquier clase de procedimiento bien sean judiciales o administrativos.

De los argumentos explanados por la mayoría sentenciadora -reseñados sucintamente- discrepa la Magistrada que suscribe, en primer lugar, porque se hace abstracción de las peculiaridades del caso de autos que constituyen una grave irregularidad; y en segundo lugar, porque se parte de la premisa errada de la condición de funcionario público de la hoy solicitante en revisión, premisa que incluso fue analizada y avalada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

#### **Antecedentes del caso de autos.-**

El 17 de mayo de 2001, la hoy solicitante en revisión, ciudadana CARMEN CECILIA CUEVAS ROMERO, interpuso querrela funcional en contra del acto administrativo dictado, el 15 de noviembre de 2000, por el Gerente de Recursos Humanos del entonces Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) -hoy día Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES)-, mediante el cual le fue negada la reincorporación al cargo de Supervisor Docente.

Según lo señalado por la sentencia disentida y por la sentencia N° 01799 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 29 de octubre de 2009 objeto de revisión, los hechos administrativos que dieron lugar al acto administrativo cuestionado y a la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, básicamente son los siguientes:

- i) El 1 de abril de 1978 la solicitante en revisión ingresó al Instituto Nacional de Cooperación Educativa.
- ii) El 20 de septiembre de 1989, según *Gaceta Oficial* N° 34.309, se reestructuró el Instituto Nacional de Cooperación Educativa en: un Instituto Rector y diversas Asociaciones Civiles de carácter regional.
- iii) El 28 de septiembre de 1990, según *Gaceta Oficial* N° 34.563, se dictó el Reglamento de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, el cual, en su artículo 32, señalaba que “*El representante del Instituto, los administradores y trabajadores de los entes regionales y sectoriales no tendrán el carácter de funcionarios públicos*”.
- iv) El 3 de diciembre de 1990 la solicitante fue retirada definitivamente de la carrera administrativa por haber resultado infructuosas las gestiones reubicatorias.
- v) El 1 de enero de 1991 la solicitante ingresó a la Asociación Civil INCE-Miranda.
- vi) El 25 de julio de 1995, la hoy solicitante pidió permiso no remunerado para realizar campaña política a fin de optar al cargo de Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda.
- vii) El 15 de agosto de 1995, la Junta Administradora de la Asociación Civil INCE-Miranda aprobó el permiso no remunerado por un período de 4 meses, esto es, hasta el 15 de diciembre de 1995.
- viii) Entre el 16 de diciembre de 1995 y el 5 de enero de 1996 se otorgó vacaciones colectivas al personal del Instituto Nacional de Cooperación Educativa.

- ix) El 3 de enero de 1996, según *Gaceta Municipal* N° 001-96 del 4 de enero del mismo año, la solicitante en revisión fue juramentada como Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda;
- x) El 26 de agosto de 1996 la hoy solicitante petitionó a la Junta Administradora de la Asociación Civil INCE-Miranda que se le extendiera el permiso especial no remunerado por el período de su investidura como Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda;
- xi) El 10 de enero de 1999 concluyó el mandato de la hoy solicitante en revisión como Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda.
- xii) El 25 de septiembre de 2000 la hoy solicitante en revisión petitionó a la Junta Administradora de la Asociación Civil INCE-Miranda la reincorporación al cargo de Supervisor Docente;
- xiii) El 10 de noviembre de 2000 realizó la misma solicitud de reincorporación al cargo de Supervisor Docente, sólo que esta vez ante la Gerencia General de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Cooperación Educativa;
- xiv) El 15 de noviembre de 2000, mediante oficio N° 294.000-627, el Gerente de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Cooperación Educativa le negó a la hoy solicitante en revisión la reincorporación al cargo de Supervisor Docente, visto que la Junta Administradora de la Asociación Civil INCE-Miranda nunca se pronunció sobre el segundo permiso que solicitó por el tiempo de su investidura como Alcaldesa; lo que implicaba que la licencia no había sido concedida, por lo cual, a partir del vencimiento del primer permiso que se le otorgó por cuatro (4) meses (del 15 de agosto de 1995 al 15 de diciembre de 1995), dejó de pertenecer a la nómina de esa Institución.
- xv) El 15 de mayo de 2001 la hoy solicitante petitionó a la Junta de Advenimiento del órgano querellado la reincorporación al cargo de Supervisor Docente y el pago de los salarios dejados de percibir desde el 2 de octubre de 2000 hasta su efectiva reincorporación.
- xvi) El 3 de noviembre de 2003, según *Gaceta Oficial* N° 37.809, se reformó el Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa; conforme con este texto normativo, entre otras medidas organizacionales, se suprimió y liquidó las Asociaciones Civiles y se transfirió al Instituto el personal de tales Asociaciones.

#### **De la pérdida del derecho a la reincorporación por falta de interés.-**

Conforme se desprende de los antecedentes del caso y, por ende, tanto de la sentencia disidente como de aquella cuya revisión se solicitó, la ciudadana CARMEN CECILIA CUEVAS ROMERO solicitó la reincorporación al cargo de Supervisor Docente una vez transcurridos veintinueve meses después de haber concluido su mandato de Alcaldesa del Municipio Zamora. Por tanto, el punto álgido del debate jurídico es si la actitud desidiosa de la solicitante en revisión puede ser calificada o no como renuncia, quedando al margen, por ser cierto, que el permiso opera de pleno derecho.

Para la mayoría sentenciadora, con base en lo señalado en el artículo 53.1 y 32 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la renuncia del funcionario público sólo se considera válida si es escrita y aceptada por la Administración, esto es únicamente si es expresa; la

presunta sería sólo admisible si se acepta un nuevo destino público incompatible con el que se ejerce originariamente (se exceptúan los cargos académicos, accidentales, asistenciales, edilicios o electorales), sin que pueda extenderse a ningún otro supuesto pues se afectaría el derecho a la estabilidad de los funcionarios públicos de carrera.

Bajo esta lógica, la disidentida concluyó que, como la solicitante alegó que no se reincorporó a su cargo en el ente querellado por cuanto requería un tiempo adicional para poder hacer la entrega del cargo (en el texto original se lee la errata “no” requería), “...no consta en autos que la referida funcionaria haya ejercido otro cargo público compatible con el anterior”; pero que, en todo caso, lo correspondiente era iniciar el procedimiento disciplinario por las inasistencias al trabajo.

Para la Magistrada disidente, lo expresado por la sentencia disidentida constituye un acierto interpretativo; solo que por reposar únicamente en el enunciado normativo es ajeno al contexto fáctico que fijan los hechos.

Es así como la renuncia escrita a que aludía la Ley de Carrera Administrativa, y que recoge el Estatuto de la Función Pública, no es más que la exteriorización, objetivamente verificable, de la voluntad del funcionario público. Se trata, como bien lo señaló la sentencia aprobada por la mayoría sentenciadora, de uno más de los mecanismos de protección de la estabilidad en la función pública para evitar interpretaciones soterradas, sesgadas o equivocadas de la voluntad del funcionario.

No obstante, aun bajo esta premisa, el ejercicio de este derecho ha de contextualizarse en el fin de la función pública, pues en su materialización participa en gran medida el desempeño del funcionario público; no en balde dice el artículo 141 constitucional que la Administración está al servicio de la ciudadanía y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, .

Muestra de este vínculo lo constituye dos aspectos atinentes a la voluntad del funcionario de retirarse del cargo: además de ser escrita tiene que ser aceptada por la Administración, esto es, que no depende sólo de la voluntad del funcionario; y la renuncia, aun aceptada, si la organización no está en capacidad de designar en lo inmediato a un sustituto ha de permanecer en el puesto hasta que ello suceda para garantizar la continuidad del servicio. Es decir, en torno a la libertad de renunciar al cargo se tejen exigencias en tutela del carácter servicial de la función pública.

El asunto es que, si ello es así para la renuncia, con mayor razón lo ha de ser para el abuso en el ejercicio de los derechos de los funcionarios públicos, máxime cuando la actitud del funcionario desborda los límites del derecho, al extremo que lo deforma en perjuicio de la función administrativa.

Sin lugar a dudas, como bien se señala en la sentencia disidentida, el ordenamiento articula mecanismos para afrontar dicha situación, en concreto, el procedimiento disciplinario; pero ante su ausencia, la gran diatriba es si además de permitir el abuso de derecho se premiará al funcionario con la reincorporación al cargo, y el pago de unos salarios que no han sido causados y que, como tales, desembocan en un enriquecimiento sin causa.

Es así como, en criterio de la Magistrada disidente, para casos como el de autos existe un parámetro interpretativo distinto a la renuncia tácita; cual es: **la pérdida del derecho a la reincorporación por falta de interés** por no haber solicitado la reincorporación dentro del plazo de seis (6) meses que estipulaba el artículo 82 de la derogada Ley de Carrera Administrativa –vigente para el momento de la querrela-, contados a partir de la conclusión del man-

dato; por lo cual, bajo esta premisa, la pérdida del derecho a la reincorporación tendría la fecha del pronunciamiento *ut retro* de la Administración que niegue la reincorporación ante la falta de fundamento válido para la ausencia.

**De la falsa condición de funcionario público de la solicitante.-**

Finalmente, ya al margen de las anteriores consideraciones de régimen estatutario, advierte quien disiente que la ciudadana CARMEN CECILIA CUEVAS ROMERO no ostentaba la condición de funcionario público como erradamente concluyó la sentencia cuya revisión se solicitó y, por tanto, no le asistía a la solicitante el derecho al permiso no remunerado contemplado en la derogada Ley de Carrera Administrativa.

En efecto, si bien la solicitante ingresó al Instituto Nacional de Cooperación Educativa el 1 de abril de 1978, lo que le atribuía para entonces la condición de funcionaria pública, la misma fue retirada definitivamente de la carrera administrativa el 3 de diciembre de 1990 por haber resultado infructuosas las gestiones reubicatorias; para luego ingresar, el 1 de enero de 1991, a la Asociación Civil INCE-Miranda, que en virtud de la reestructuración de ese Instituto de 1989, no era considerada un ente público, al extremo que el artículo 32 del Reglamento de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, señalaba que “*El representante del Instituto, los administradores y trabajadores de los entes regionales y sectoriales no tendrán el carácter de funcionarios públicos*”.

Ciertamente, como lo señaló la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, el 3 de noviembre de 2003, según *Gaceta Oficial* N° 37.809, se reformó el Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa; texto normativo a través del cual se suprimió y liquidó las Asociaciones Civiles y se transfirió al Instituto el personal de tales Asociaciones; sin embargo, los hechos que dieron lugar a la querrela funcionarial se verificaron bajo la vigencia del Reglamento de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.563 de 28 de septiembre de 1990, posteriormente reformado según *Gaceta Oficial* N° 4.411 Extraordinario de 6 de abril de 1992, por lo que es el régimen jurídico contenido en este Reglamento, y no en el del 3 de noviembre de 2003, el que debe regir los hechos acaecidos entre el 10 de enero de 1999 y el 15 de noviembre de 2000 (*tempus regit actum*).

En definitiva, en criterio de quien suscribe, la ciudadana CARMEN CECILIA CUEVAS ROMERO laboraba para una Asociación Civil, por lo que su régimen laboral se regía por la Ley Orgánica del Trabajo, lo cual excluye cualquier consideración en torno a la necesidad de abrir cualquier procedimiento administrativo disciplinario para despedirla.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.