

Información Jurisprudencial

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

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández

*Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Leyes orgánicas Control Constitucional.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Las garantías del debido proceso: Derecho a la Defensa*. 2. *Derechos individuales*. A. Derecho a la igualdad. B. Seguridad personal: Desaparición forzada de personas, violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. 3. *Derechos sociales y de las familias*. A. Derecho a la vivienda. B. Derechos laborales: Estabilidad absoluta.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*. A. Competencias: Régimen de las telecomunicaciones. 2. *El Poder Judicial*. A. Administración de Justicia: Lapsos procesales.

IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones parafiscales*.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Competencia. a. Juzgados Superiores Contencioso Administrativos. B. Juzgados Agrarios. 2. *El Contencioso Administrativo especial*. A. El Contencioso Administrativo Especial Agrario: Emplazamiento (Cartel). B. El Contencioso Administrativo Especial Tributario.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control innominado de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Inaplicación de una norma como medida cautelar. 3. *Recurso de Interpretación Constitucional*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Ordenamiento Jurídico

A. Leyes orgánicas Control Constitucional

TSJ-SC (1767)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial.

La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial.

...fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; y el otro, que obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a “(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas”.

En esa línea argumental, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha fijado que la característica predominante “(...) es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes”

Véase Sentencia Nº 229 de 14-2-2007, Caso: *Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica sobre el derecho de la mujer y una vida libre de violencia en Revista de Derecho Público* Nº, 109 enero marzo 2007 pp.86 y ss

Véase Sentencia Nº 537 del 12-6-2000, Caso: *Constitucionalidad de la Ley en Revista de Derecho Público* Nº82 abril-junio 2000, pp.141-142.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Las garantías del debido proceso: Derecho a la Defensa

TSJ-SC (1768)

23-11-2011

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Álvaro Luis Escalona y Robiel Segundo Ramos Campos

Las violaciones constitucionales en materia de garantía del derecho a la defensa, pueden producirse cuando se coarta injustamente la

defensa procesal de un derecho o se hace imposible o muy restringido el contradictorio, tal como ocurre cuando se limita el acceso a la revisión de segunda instancia en lo atinente a la admisión de medios probatorios que pudieren resultar impertinentes, inútiles o, peor aún, ilícitos, y por ende conducir el proceso a una decisión fundamentada en la valoración de una prueba viciada. Conforme a ello, la Sala Constitucional modifica su criterio, respecto a la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra la decisión contenida en el auto de apertura a juicio, referida a la admisión de los medios de prueba que se indiquen en dicho auto

..Resuelto lo anterior, esta Sala Constitucional, considera necesario referirse al criterio pacíficamente mantenido por esta Sala en relación a las decisiones que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso ordinario de apelación, una vez culminada la audiencia preliminar en el proceso penal. Al respecto, la Sentencia con carácter vinculante de esta Sala N° 1303 del 20 de junio de 2005, caso: “*Andrés Eloy Dielingen Lozada*”, estableció:

“Entonces, partiendo de que el auto de apertura a juicio es inapelable, debe afirmarse que el acusado no podrá impugnar ninguno de los pronunciamientos que establece el numeral 2 del artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, y por ende, tampoco los que declaren la admisión de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público; pudiendo apelar de las demás decisiones que el señalado artículo 330 le permite dictar al Juez de Control al finalizar la audiencia preliminar, claro está, siempre que constituyan decisiones susceptibles de ser encuadradas en el catálogo que establece el artículo 447 *eiusdem*.

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser aplicados, *mutatis mutandi*, con relación al Ministerio Público y a la víctima querellante, según sea el caso, quienes tampoco podrán apelar del auto de apertura a juicio ni de la declaratoria de admisibilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte; pero sí pueden apelar de cualquier otro pronunciamiento que el Juez de Control emita con base en el artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, siempre que tal pronunciamiento pueda ser considerado como alguna de las decisiones descritas en el artículo 447 de la ley adjetiva penal. Así se declara.”

Se evidencia entonces, que con base al citado criterio jurisprudencial, mantenido por esta Sala, ninguno de los pronunciamientos referidos en el cardinal 2 del artículo 330 el Código Orgánico Procesal Penal, así como tampoco la declaratoria de admisibilidad de las pruebas ofrecidas para el juicio oral y público, son objeto de apelación, por considerarse que no causan gravamen alguno para las partes, toda vez que, se estima, permiten ser debatidas durante el desarrollo del juicio oral y público.

(*omissis*)

En el proceso civil, la ley contempla dos momentos específicos que se interponen entre la promoción y evacuación, llamados por la doctrina patria: *lapso de oposición* y *lapso de admisión* de las pruebas, que originan un examen preliminar por las partes y por el juez de la legalidad y pertinencia de las pruebas que conducen a un pronunciamiento interlocutorio sobre la admisión de las que resulten lógicas y procedentes y el desecho de las que aparezcan ilegales o impertinentes. Tanto la negativa como la admisión de alguna prueba, son recurribles en apelación, la cual es oída a un sólo efecto; de tal forma que no impide la continuación del procedimiento civil instaurado, (artículo 402 del Código de Procedimiento Civil). Estos llamados *lapsos de oposición* y *lapsos de admisión* de la prueba, se ubican en el proceso penal en la fase intermedia y se traducen en el examen preliminar de la legalidad y pertinencia de los medios probatorios ofrecidos, tanto por la representación fiscal y/o la víctima que-

rellada, así como por el imputado, que, finalmente, dan lugar al pronunciamiento del juez de control, al culminar la audiencia preliminar, sobre su admisibilidad o no, lo que quedará plasmado en el auto de apertura a juicio, de acuerdo a lo previsto el artículo 331 de la normativa adjetiva penal. Todo lo cual, configura el contradictorio del legajo probatorio en esta fase y cuya oposición debe materializarse no sólo durante el desarrollo de la audiencia preliminar, sino mediante la posibilidad de la impugnación de su admisión al finalizar esta etapa intermedia, con la admisión de la acusación fiscal.

De lo que se colige que, si en el proceso civil se permite que tanto la negativa como la admisión de una prueba sea objeto de impugnación, resulta ilógico que, en el proceso penal acusatorio, caracterizado por ser eminentemente garantista, se niegue la posibilidad de acudir a la segunda instancia, para recurrir la decisión que le resulte adversa a alguna de las partes, con ocasión de la admisión de una prueba; que si bien es cierto, forma parte del auto de apertura a juicio, que por mandamiento legal, es inapelable, no forma parte de aquellas decisiones consideradas de mero trámite o mera sustanciación, que no causan un gravamen irreparable, habida cuenta que tal admisión que, pudiera resultar al margen de la ley, sobrevendría una incorporación ilegal de esa prueba viciada al proceso, y ser objeto de valoración, a los fines de la resolución final del asunto controvertido, que, aun cuando haya pasado por el filtro depurativo jurisdiccional en la fase intermedia, debe estar sujeto a una posible revisión de segunda instancia, sin necesidad de esperar hasta la culminación del proceso, mediante una sentencia definitiva, para ser recurrido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 452, cardinal 2 del Código Orgánico Procesal Penal.

Mantener esta afirmación final, resulta contrario a la estabilidad y certeza del procedimiento, que sólo es posible si se despeja, preliminarmente lo atinente a la admisibilidad del medio de prueba, lo que evitaría lo dispendioso que puede resultar en tiempo y economía, la admisión y evacuación de una prueba, que luego en la definitiva el juez de juicio considere no debió admitirse por inconducente, ilegal o impertinente, o, aún más peligroso, la valoración en la definitiva, de una prueba ilícita, cuya obtención se llevó a cabo, por medios ilícitos, habida cuenta que la misma pudiera constituirse decisiva para las resultas del proceso.

En resumen, una o varias pruebas obtenidas ilícitamente y admitidas en la fase preliminar, que formen parte de los pronunciamientos emitidos al final de la misma, podrían comportar su incorporación indebida al proceso en la fase de juicio oral y público, contraviniendo lo expresado en el artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, representando el grave riesgo que sea indebidamente tomada en cuenta como fundamento de la decisión definitiva. De allí deviene la necesidad de depurar en la fase preliminar, no solamente los fundamentos que sirvieron de base para la acusación fiscal, sino además los medios de prueba ofertados para el juicio oral y público, siendo preciso que el juez de esta fase hurgue sobre la necesidad, legalidad, licitud y pertinencia de los mismos, más aún si la admisión de estos medios probatorios pudieran ser fundamentales o definitivos en las resultas finales del proceso, o, dicho de otra manera, representar un pronóstico de condena o de absolución. Resultando ilógico que, en el supuesto en que el Tribunal de Juicio correspondiente funde su decisión en una o unas pruebas admitidas en la fase intermedia, obtenidas ilegalmente por alguna de las partes o incorporadas al proceso con violación a los principios establecidos en la norma penal adjetiva, deba esperarse hasta el final del proceso para intentar el recurso de apelación contra sentencia definitiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal.

Así las cosas, es evidente que, el pronunciamiento que versa sobre la admisibilidad de una prueba, no puede ser considerado como de aquellos que no causan un gravamen, y por ende irrecurribles, máxime cuando el proceso penal acusatorio es de corte garantista, lo que

implica la obtención de los medios probatorios lícitamente y su incorporación legal al proceso, así como evitar reposiciones como las que originaría la declaratoria con lugar de una apelación ejercida contra una sentencia definitiva, cimentada en una prueba obtenida ilegalmente.

De manera que, las violaciones constitucionales en materia de garantía del derecho a la defensa, pueden producirse cuando se coarta injustamente la defensa procesal de un derecho o se hace imposible o muy restringido el contradictorio, tal como ocurre cuando se limita el acceso a la revisión de segunda instancia en lo atinente a la admisión de medios probatorios que pudieren resultar impertinentes, inútiles o, peor aún, ilícitos, y por ende conducir el proceso a una decisión fundamentada en la valoración de una prueba viciada. Y así se decide.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional **modifica su criterio, y así se establece con carácter vinculante**, respecto a la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra la decisión contenida en el auto de apertura a juicio, referida a la admisión de los medios de prueba que se indiquen en dicho auto, toda vez que, tal como ha quedado expuesto, la admisión de uno o varios medios probatorios obtenidos ilegalmente, impertinente, o innecesarios pueden causar un gravamen irreparable a quien pudiere resultar afectado con tal disposición, al crearse la expectativa de una decisión definitiva fundamentada en la valoración de aquellos. Siendo así, las decisiones referidas a la admisión o negativa de una prueba ofertada para el juicio oral y público, forman parte de la categoría de aquellas que son recurribles en apelación, contempladas en el artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se establece

En virtud de lo precedentemente expuesto, esta Sala declara con lugar la apelación ejercida, en consecuencia, se anula la sentencia dictada el 6 de febrero de 2009, por la Sala Accidental N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, que declaró inadmisibile la acción de amparo constitucional interpuesta, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, en consecuencia, se repone la causa al estado de que ese Juzgado colegiado se pronuncie nuevamente sobre la admisión del amparo, prescindiendo del vicio observado en el presente fallo.

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la igualdad*

TSJ-SC (1767)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra La Discriminación Racial.

La concepción de la máxima de igualdad dirigida al legislador no implica un correlativo deber de tratamiento igual de la misma manera ni tampoco una igualdad en todos los aspectos, en virtud de que existen una serie de elementos, que deben ser ponderados no solo por el legislador sino por el juez mediante estándares de fiscalización de la adecuación constitucional de determinadas conductas, como son la igualdad relevante, la igualdad fáctica o la igualdad valorativa, lo cual va a permitir en determinados supuestos ponderar el nivel de soportabilidad y razonabilidad de la acción, regulación o medidas de protección establecidas.

Como se observa de su contenido, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo uno de los valores superiores de nuestra constitución, como lo es la igualdad, así como el derecho a la no discriminación reconocidos en distintos segmentos de nuestra Constitución.

Así, desde la Exposición de Motivos de la Constitución vigente que se constituye en expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma (Véase Sentencia de esta Sala Nº 93 del 6 de febrero de 2001, caso. “*Corpoturismo*” en *Revista de Derecho Público* Nº85-86/87-88 de 2001 p.46) al referirse a la igualdad, en el marco del Título I referente a los Principios Fundamentales, se señala que:

“Se define la organización jurídico-política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad” (...) *“Por todo ello se incorporan al texto constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética pública y el pluralismo político”* (subrayado de la Sala).

Del mismo modo, en lo referente al Capítulo I del Título III que consagra “*Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*”, se señala la concepción amplia y reforzada que se le dio a dicho derecho, en los siguientes términos: *“Se reconocen los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad. En relación con éste último, se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir no sólo las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo o la condición social, sino además, 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. Lo anterior obedece a que en la práctica la dinámica social suele presentar situaciones de discriminación que deben su origen a razones distintas de la raza, el sexo o la condición social”*.

Tal importancia le dio el constituyente del año 1999, a la igualdad y no discriminación que el Preámbulo de la Constitución define como uno de los fines supremos de la refundación de la República, establecer un Estado en cuya sociedad se asegure la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, desde un punto de vista multiétnico y pluricultural; señalando expresamente que: *“(...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; (...)*” (subrayado de la Sala).

Aunado a ello, tenemos que en el articulado de la Constitución, en su primer artículo, establece que la República fundamenta su patrimonio moral y sus valores, entre ellos el “*de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador*”; lo cual, concatenado con lo señalado en el artículo 2, el cual consagra la igualdad como

uno de los valores superiores que propugna el Estado democrático y social de derecho y de justicia, viene a sobreponer la noción de igualdad como una norma principalísima, formando parte de ese contenido axiológico que debe ser tenido en cuenta de manera especial al momento de interpretar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay quienes piensan que sobre los valores superiores consagrados en la Constitución, “no cabe una aproximación jusnaturalista; los valores sólo lo son en plenitud cuando se han encarnado en una norma del ordenamiento jurídico” (Peces-Barba, Gregorio; *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 23), por lo que la Constitución no se limitó a señalar la igualdad como valor superior en el marco del Título I, referente a los “Principios Fundamentales”, sino que en su Título III que consagra “Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes”, específicamente en su artículo 21, estableció:

“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; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De la norma parcialmente transcrita se evidencia en un primer momento su concepción formal, en términos de igualdad de los sujetos jurídicos ante la ley. Esta concepción, si bien es concebida como una abolición de los privilegios para el liberalismo burgués en la época de la Revolución Francesa, señala Álvarez Conde que “*el principio de igualdad liberal, que tiene su correlato en la consideración de la ley como una norma de carácter general, no va a suponer un cambio sustancial en el orden social, pues continúan manteniéndose las estructuras desigualitarias, implicando tan solo la abolición de privilegios y el establecimiento de la igual eficacia de la ley frente a todos, tesis que conduce a la supresión de los llamados cuerpos intermedios, acomodándose perfectamente en la concepción burguesa sobre las relaciones entre el Estado y la sociedad. Nuestra Regulación constitucional no responde, como así ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, a este planteamiento liberal del principio de la igualdad, sino que éste debe ser concebido dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de derecho, lo cual plantea indubitablemente el problema de su relación con la igualdad material (...)*”

Por lo que el constituyente del año 1999 destacó a la igualdad, no sólo en su concepción formal, como una igualdad formal ante la ley, sino como igualdad material, que implica la garantía de generar un conjunto de condiciones a los efectos de que ésta se haga real y efectiva, lo cual implica la adopción de medidas positivas a favor de personas o grupos de personas que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables.

En tal sentido, serán sancionados los abusos o maltratos “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”. Destacándose de este primer cardinal del artículo 21, una cláusula general que propugna la no discriminación que “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”, así como también un conjunto de cláusulas específicas, referi-

das a las formas en que habitualmente se han venido desarrollando históricamente actuaciones discriminatorias en nuestro país, como lo sería la raza, el sexo, el credo y la condición social, debiendo destacar que nuestro constituyente destacó en primera instancia la discriminación con fundamento en la raza, lo cual es el objeto de la “Ley Orgánica contra la Discriminación Racial”.

Por su parte, el segundo cardinal del artículo 21 de la Constitución, somete a consideración del legislador la elaboración de un cuerpo normativo que garantice las “*condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*”, lo cual es materia de la “*Ley Orgánica contra la Discriminación Racial*”, ya que crea una estructura administrativa a los efectos de impulsar el objeto de la Ley Orgánica, así como un conjunto de tipos y penas a los efectos de sancionar los abusos y maltratos que se cometan en materia de discriminación racial.

A su vez, se establecen un conjunto de medidas a ser tomadas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; lo cual se evidencia en las llamadas “*Medidas de Salvaguarda*”, teniendo como ejemplo de ellas las “*Medidas positivas*”, cuyo objeto es que los órganos del Poder Público y del Poder Popular colaboren entre sí, “*creando espacios de participación en cada uno de sus órganos y entes, para articular y ejecutar políticas públicas en el marco de los principios de cooperación y corresponsabilidad para erradicar la discriminación racial, racismo, endorracismo y la xenofobia*”.

Por todo ello, esta Sala es del criterio que “*Ley Orgánica Contra La Discriminación Racial*” viene a desarrollar la igualdad y el derecho a la no discriminación en función de la raza de forma frontal y directa lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica dirigida al desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental; ...

(*omissis*)

Por tanto, en el caso de la “*Ley Orgánica contra la Discriminación Racial*”, es evidente que se profundiza en el contenido del valor superior de la igualdad, y se desarrolla el derecho a la no discriminación en función de la raza, mediante un conjunto de normas cuyo objeto es cumplir con el mandato constitucional de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley se materialice real y efectivamente, estableciendo una protección especial para aquellas personas que por su raza sean objeto de discriminación, sancionando los abusos o maltratos que contra aquellas se cometan. Igualdad la cual no debe agotar su contenido en la ejecución de las acciones estatales sino que la misma debe ser analizada y ponderada como mandato en relación a la formulación del derecho, mediante la adopción de medidas positivas o la condena de actuaciones discriminatorias contra personas o grupos sociales que atendían a condiciones de índole infra-valorativo del ser humano y que limiten no sólo éste derecho -derecho a la igualdad y a la no discriminación- sino al ejercicio de otros derechos protegidos constitucionalmente (*Vgr.* Derecho al trabajo, derecho al honor, derecho a la libertad, entre otros).

En este orden de ideas, debe reflexionarse profusamente que la concepción de la máxima de igualdad dirigida al legislador no implica un correlativo deber de tratamiento igual de la misma manera ni tampoco una igualdad en todos los aspectos, en virtud de que existen una serie de elementos, que deben ser ponderados no solo por el legislador sino por el juez mediante estándares de fiscalización de la adecuación constitucional de determinadas conductas, como son la igualdad relevante, la igualdad fáctica o la igualdad valorativa, lo cual va a permitir en determinados supuestos ponderar el nivel de soportabilidad y razonabilidad de la acción, regulación o medidas de protección establecidas.

En consecuencia, debe observarse que la valoración conductual y por ende su adecuación constitucional debe ser efectuada, sea éste realizada por el legislador o por el juez, en atención a su posicionamiento jurídico, en virtud que éste no puede ser igualitario de todos los ciudadanos, so pena de incurrir en una medida de ineficacia jurídica al establecer normas inaplicables o injustas. Al efecto, Robert Alexy, expone en relación a ello, que “*La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencia*” (Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC, p. 384).

Consecuencialmente al deslastramiento utópico de una igualdad general, abstracta y única de todos los seres humanos, por la máxima de trato igual para los iguales, y desigual para los desiguales (Vid. Sentencias de esta Sala N° 898/2002 y 974/2011, entre otras), es necesario atender a los problemas sociales que su desconocimiento puede acarrear no solo a través de acciones privadas sino de políticas estatales, todo ello, con la finalidad de verificar la proporcionalidad del objeto protegido y su espectro de actuación, así como los mecanismos de implementación o represión de manera de garantizar que las mismas, en primer lugar, no sean arbitrarias o generen arbitrariedades y en segundo lugar, en que tales medidas no se fundan a su vez, en un menoscabo correlativo para otros grupos que impliquen o puedan implicar un daño más gravoso al otro grupo, desconociendo a su vez el contexto histórico, su objetivo reivindicador.

La no observación y adecuación en los medidas de protección podría conllevar al riesgo de la creación de grupos minoritarios irreales o el sub-posicionamiento social que no adolecen en determinadas culturas, en atención al respeto de la libertad humana en sociedades determinadas o a la multiculturalización de ésta, producto de la indeterminación de grupos excluidos como consecuencia de la mezcla social, cultural, lingüística de las personas que la conforman, a través de largos períodos históricos, y por ende, al establecimiento de medidas que no encuentren justificación o vinculación a las necesidades proyectadas.

Por lo tanto, constituye una obligación del Estado la erradicación de este flagelo social conocido como discriminación, el cual no es un problema menor sino por el contrario, lo cual implica una rigurosidad en el planteamiento y en la ejecución de las políticas estatales y protección de los derechos individuales, en virtud que ello constituye un flagelo de difícil erradicación porque en ciertas sociedades son intrínsecas a su devenir histórico constituyendo un objeto de lucha social, económica y política en procura de igualdad suprema que respeto los valores intrínsecos del ser humano el cual pueda ser respetado y valores en un entorno colectivo e individualizado y cuyo fin último debe ser una sociedad “*ciega en materia racial*” (Vid. Drew Days III; “Acción afirmativa” en *Derechos y Grupos Desventajados*, Edit. Gedisa, 1999, p. 52)

Por ende, siendo las medidas represivas y positivas, el fundamento racional de equiparación de ese menoscabo histórico para remediar los efectos de esa discriminación, como mecanismos de equiparación de los grupos sociales menoscabados de manera de garantizar un nivel de competitividad en la sociedad y de protección de sus derechos y garantías constitucionales, es que ellas corren el riesgo de otorgar un grado superlativo de protección que pueden a su vez reprimir otros grupos, los cuales pueden a su vez ser minoritarios y socialmente desprotegidos (vgr. Indígenas) y generar una imprecisión normativa que atente contra estos estándares de protección, los cuales pueden ser variables en atención al tiempo y al objeto de la misma.

En este orden de ideas, se aprecia que las medidas adoptadas debe ser analizadas con base a lo expuesto, en fundamentos de racionalización que atiendan a la protección de esos grupos desprotegidos sin que como consecuencia de ellas se generen daños sociales en atención a los medios utilizados o a la existencia de medios o medidas menos invasivas y que constituyan un fundamento para un control adecuado y equitativo de la igualdad en un grado de intensidad que promueva la erradicación definitiva de distinciones fundadas en motivos raciales, de género o condición social.

En conclusión, debe afirmar esta Sala, que luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa propuesta por la Asamblea Nacional, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y al principio material relativo al desarrollo de los derechos constitucionales, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico conferido a la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial, y así se decide.

TSJ-SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras.

El derecho a la igualdad, debe ser garantizado por los jueces y juezas en todo *iter* procesal, toda vez que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la obligación de los funcionarios encargados de impartir justicia, dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en la Carta Magna, de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás.

Véase: página 168 de esta *Revista*

B. *Seguridad personal: Desaparición forzada de personas, violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad*

TSJ-SC (1674)

9-11-2011

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Revisión de Sentencia

Tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Planteados así los límites de la controversia, esta Sala considera oportuno asentar lo siguiente:

La desaparición forzada de personas constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década de los años sesenta y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus raptos. El comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Por ello, a partir de 1970, surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de conscientizar a los Estados de la gravedad de su práctica, así como de impedir su desarrollo, en razón de lo cual, la adopción de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* materializó dicha preocupación.

Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución N° 47/133, del 18 de diciembre de 1992 y adoptado el 20 de diciembre de 2006, en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, la cual fue suscrita por Venezuela, mas no ratificada en virtud de la reserva hecha en relación a los contenidos del artículo 42, parágrafo 2, referido al arbitraje de la controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a su interpretación o aplicación, así como la posibilidad que plantea este instrumento de que sea la Corte Internacional de Justicia la encargada de resolverlos.

De esta forma, en el referido instrumento se dice que existe desaparición forzada cuando:

(...) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sus trayéndolas así a la protección de la ley.

Por su parte, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en la ciudad de *Belem do Pará*, en Brasil, el 09 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*vid. Gaceta Oficial* N° 5.241, Extraordinario, del 06 de julio de 1998) constituye un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de dicha organización que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho.

La Convención en su artículo II, define la desaparición forzada de personas en los términos siguientes:

La privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Asimismo, el compromiso asumido por los Estados que suscribieron dicha Convención Internacional se estableció en el artículo I, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo I. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a: a) no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

No obstante, la Convención no dejó clara las medidas ni la forma en que dicho compromiso se debía llevar a cabo. Lo que sí surgió para los Estados partes era la obligación de prepararse para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y eso solo era posible en cuanto tomaran las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Por otra parte, luego de la entrada en vigencia de la Convención, la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la necesidad de que se tipifique como delito autónomo la desaparición forzada de personas, por cuanto, no basta invocar para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, por cuanto la desaparición forzada de personas constituye:

(...) un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos (*Vid.* sentencia del 22 de noviembre de 2005, caso: *Gómez Palomino vs Perú*).

De esta manera, y en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la señalada Convención, en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se incorporó la disposición constitucional contenida en el artículo 45, la cual prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías: practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Asimismo, dispone ese precepto constitucional que los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas serán castigados de conformidad con la ley.

De allí, es por lo que en la reforma del Código Penal (*Vid. Gaceta Oficial* N° 5.494, Extraordinario, del 20 de octubre de 2000), se incluyera el tipo penal de desaparición forzada de personas, el cual se mantuvo en la última reforma de dicho código sustantivo de fecha 13 de abril de 2005, en los términos siguientes:

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio de Estado que ilegítimamente prive su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o miembros colaboradores de tales grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una

persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de ese delito será sancionado con pena de doce años a dieciocho años de presidio. El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluido el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

Igualmente, esta Sala estima oportuno señalar que en el marco del compromiso asumido en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, el Estado Venezolano no solo incluyó el tipo penal de la desaparición forzada de personas en el texto penal sustantivo, sino también selló historia al sancionar la Asamblea Nacional el 18 de octubre de 2011, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, la cual tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, etc, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado fueron ejecutados por motivos políticos durante el periodo de los años 1958 a 1998.

Ahora, respecto de la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, esta Sala estima oportuno reiterar la doctrina establecida en la cual, en forma clara estableció lo siguiente:

Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. *“Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”*.

Además, cabe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado, igualmente, por la República de Venezuela, por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así

como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación y angustia en diversas partes del mundo, tal y como lo indica el “*preámbulo*” de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Organización de las Naciones Unidas, lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos (Cursivas del fallo y subrayado de esta Sala). Por otra parte, en cuanto a la conceptualización que el citado artículo 181-A hace en el sentido de que el delito de desaparición forzada de personas “*se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima*”, esta Sala considera oportuno acotar lo siguiente:

Tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversas normas internacionales, consideran que la desaparición forzada de personas comporta una “*violación múltiple y continuada*” de varios derechos reconocidos por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (Vid. sentencia del 29 de julio de 1988, caso: *Velásquez Rodríguez vs Honduras*) y, si bien, tanto la referida Corte como la Convención (cfr: artículo III) emplean la frase “*delito continuado*”, el vocablo correcto que se debe utilizar es el de “*delito permanente*”, ya que en el derecho penal, el delito continuado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

Así lo reconoció esta Sala en la citada sentencia N° 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, cuando señaló expresamente lo siguiente:

Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente “*son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción*” (Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1999, p. 140”).

El delito permanente “*supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica*” (Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial PPU. Barcelona, España 1990, p. 216).

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o “*modus operandi*”.

La desaparición forzada de personas, por tanto, es un delito permanente como lo señala el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, toda vez que su consumación perdura en el tiempo hasta tanto el sujeto activo desee que ello culmine, o bien, por circunstancias ajenas a su voluntad (Cursivas del fallo).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 18 de agosto de 2008, caso: *Heliodoro Pulgar vs Panamá*, expresó que:

(...) a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado.

A este tenor, la permanencia viene definida en razón de que la desaparición forzada se cimienta en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.

Ahora, en este contexto, los problemas del delito de desaparición forzada de personas se presentan con relación a la vigencia del principio de legalidad, especialmente con la garantía de la irretroactividad de la ley penal, por cuanto, según este principio, y de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*cfi*: artículo 24), ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, en razón de lo cual, las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso, salvo en los procesos penales en lo referido a las pruebas ya evacuadas, las cuales se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Así, atendiendo la disposición constitucional en comento, las normas penales rigen a partir del día siguiente de su entrada en vigencia, esto es: no se aplican a sucesos, actos u omisiones ocurridos con anterioridad a la eficacia de dicha norma, salvo que, la norma posterior sea más favorable al procesado o al condenado (artículo 6 del Código Penal).

Por su parte, el artículo 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estuvieren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, en virtud de lo cual, de dicha disposición constitucional, nace el principio de tipicidad penal, comprendido dentro del principio de legalidad, que delimita el poder punitivo del Estado y que ha sido configurado por la doctrina como el principio del aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (no hay crimen, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley previa, escrita, estricta y cierta).

Bajo esta perspectiva, surge entonces la interrogante respecto a la aplicación de la norma penal a hechos de desaparición forzada ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 2000, en cuya reforma se incluyó el delito de desaparición forzada de personas.

En tal sentido, cabe acotar que los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaración de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*), no contemplan regulación alguna sobre este aspecto, aparte de que nuestra jurisprudencia patria ha señalado que, previamente, debe existir la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal.

Sin embargo, tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, entre estos el de Perú y Colombia, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, por cuanto, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia N° 2488 del 18 de agosto de 2002:

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Ello es así, toda vez que el delito de desaparición forzada de personas no está determinado, en esencia, por la privación de la libertad de una persona, sino por su desaparición, esto es: la negación o ausencia de información sobre el detenido o sobre su paradero. Vale decir, la desaparición perdura mientras subsista el deber de informar.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Derecho a la vivienda*

TSJ-SC (1771)

28-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Acorde los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Véase: página 145 de esta *Revista*

B. *Derechos laborales: Estabilidad absoluta*

TSJ-SC (1952)

15 -12-2011

Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Francelina del Carmen Guédez Principal vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

La aceptación por parte del trabajador del pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones por despido injustificado no puede considerarse que subsane la situación jurídica infringida por el patrono, cuando se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad absoluta (Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional).

Analizadas como han quedado todas y cada una de las actuaciones que precedieron a la interposición de la acción de amparo primigenia, advierte esta Sala que la acción de tutela constitucional tramitada ante los tribunales de instancia, tuvo por objeto atacar la contumacia de la Asociación Civil de la Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) en dar cumplimiento a la providencia administrativa N° 108-2010 del 22 de marzo de 2010 dictada por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, mientras que el objeto de la presente acción de tutela constitucional se centra en una nueva denuncia, como lo es la violación del principio constitucional a la irrenunciabilidad de los derechos laborales por parte de la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

En este orden de ideas, resulta indispensable determinar si la accionante se encontraba amparada por el decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, para luego comprobar si la decisión dictada por el referido Juzgado Superior, vulneró o no sus derechos constitucionales. Para ello, esta Sala estima ineludible, efectuar algunas consideraciones sobre la “*estabilidad*” como institución propia del derecho laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

La figura de la “*estabilidad*” en el ámbito del derecho laboral, representa una de las garantías creadas en favor del trabajador para atender específicamente los casos de privación injustificada del empleo o despido injustificado. Desde el punto de vista doctrinal esta figura es entendida como “(...) *la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización*” (Cfr. García Vara, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “*derecho*” que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala, efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(...) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen (sic) el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido -de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un

funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de 'estabilidad relativa', el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo...".

De acuerdo con el criterio jurisprudencial transcrito *supra*, la “**estabilidad absoluta o propia**”, está concebida como una protección temporal de permanencia del trabajador en su empleo por circunstancias especiales o excepcionales que origina, en su favor, el derecho a no ser despedido del trabajo sino por las causales establecidas en la ley y con la autorización previa del Inspector del Trabajo, mientras que la “**estabilidad relativa o impropia**”, esta ideada como un sistema de protección básico, similar al de la estabilidad absoluta aplicable a la generalidad de los trabajadores, el cual se diferencia en que la obligación del patrono de reenganchar al trabajador es de carácter facultativo; por lo tanto, al momento de ordenarse la reincorporación y pago de salarios caídos de un trabajador despedido de manera injustificada, el patrono puede liberarse de dicha carga resarciendo pecuniariamente el daño generado, a través del pago de una indemnización por el despido.

La noción de estabilidad absoluta se consolida como una modalidad del régimen de permanencia en el trabajo que autoriza la ley en supuestos que requieren de una tutela especial y, por tanto, en ausencia de norma expresa que confiera dicho alcance, la regla aplicable para garantizar la persistencia en el puesto de trabajo será la que orienta a la estabilidad relativa; en consecuencia, la regla general en las relaciones laborales es que los trabajadores gozan de una estabilidad relativa y la excepción es que disfrutan de estabilidad absoluta.

La garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, del Título III, “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

De acuerdo al contenido de la norma *in commento*, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Visto ello desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “*en*”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el

propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber del trabajo, lo siguiente:

“...El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población.

Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución...”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar *“lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado”* (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

La estabilidad laboral como garantía del derecho al trabajo no constituye una actividad exclusiva del legislador, ya que vista la doble dimensión (deber y derecho) que envuelve la noción del trabajo, ello se traduce -tal como se indicó *supra*- en un mandato directo a todos los Poderes Públicos para que diseñen políticas públicas tendientes a efectuar una protección integral del mismo y es precisamente en atención a ello que el Ejecutivo Nacional, como representante del Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 236, cardinales 11 y 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en los artículos 80 y 91 *eiusdem*, 2, 13, 22 y 172 de la Ley Orgánica del Trabajo, 84 letra c) y 95 de su Reglamento diseñó un sistema especial de protección para ciertos y determinados trabajadores, tanto del sector público como del privado en aras de salvaguardar su derecho al trabajo, lo cual logró materializar a través de la figura del Decreto de *“inamovilidad laboral especial”*.

El primer Decreto de inamovilidad laboral especial fue el N° 1.752 dictado el 28 de abril de 2002, publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario* N° 5.585, el cual tuvo dos objetivos primordiales, el primero de ellos, fijar el monto del salario mínimo mensual obligatorio: (i) de los trabajadores urbanos que prestaban servicio en los sectores públicos y privados; (ii) de los trabajadores de aquellas empresas que tuviesen un número menor de veinte (20) trabajadores; (iii) de los trabajadores rurales; (iv) de los trabajadores de conserjerías de los edificios residenciales bajo el régimen de propiedad horizontal; y (v) de los trabajadores adolescentes y aprendices; el segundo objetivo estaba referido al establecimiento de un sistema de protección que impedía o limitaba al patrono para poder despedir, desmejorar, o trasladar sin justa causa, calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a cualquiera de esos trabajadores. En caso de incumplimiento, ello daría derecho al trabajador afectado a solicitar su reenganche.

Se encontraban exceptuados de la aplicación de esa inamovilidad laboral especial, los trabajadores que ejercían cargos de dirección, los que tuviesen menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, los que desempeñaban cargos de confianza y los que devengaban un salario básico mensual superior a un límite que se hallaba determinado en dicho instrumento, el cual representaba un monto superior a tres (3) salarios mínimos mensuales.

Ese Decreto de inamovilidad laboral especial se ha prorrogado de manera ininterrumpida en el tiempo, hasta la presente fecha, con la particularidad de que este ha versado únicamente sobre el sistema de protección al que se ha hecho referencia, impidiendo al patrono despedir, desmejorar o trasladar, sin justa causa calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a ningún trabajador que devengue menos de tres (3) salarios mínimos mensuales, quedando exceptuados de este régimen especial de protección los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, que tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, que desempeñen cargos de confianza y los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

.....Por lo tanto, siendo ello así, y visto que la accionante se encontraba amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial señalado *supra*, la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CA-PEM), antes de proceder a su despido, debió haber tramitado ante la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, la autorización correspondiente para proceder a su retiro, asegurando de esta manera que la culminación de la relación laboral estuviese ajustada a derecho.

Al no haber actuado de esa manera, la referida Asociación Civil se colocó al margen de la ley, situación esta que no se puede considerar subsanada -tal como erróneamente lo adujeron los tribunales de instancia- por el hecho de que la accionante haya aceptado el pago de sus prestaciones sociales en el momento de su retiro así como la indemnización prevista en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que tal razonamiento sólo pudiera resultar válido en el caso de que se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad relativa, supuesto en el cual no se encontraba la accionante en amparo, quien estaba protegida por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional.

Al respecto, esta Sala determinó que la aceptación de prestaciones sociales por parte de un trabajador implica una renuncia de su derecho al reenganche, pero sólo en los casos en que el trabajador goce de estabilidad relativa. En tal sentido, la decisión en referencia señaló que:

“...Dentro de los derechos negociables del trabajador, se encuentra el derecho a la estabilidad relativa, cuyo correlativo es la obligación de reenganche que tiene el patrono cuando decide, de manera intempestiva e injustificada (despido ad nutum), la finalización de la relación laboral. La anterior aseveración es demostrable fácilmente si se observa la posibilidad que el legislador le da al patrono para que cumpla o no con su obligación del reenganche, ya que éste puede escoger entre el reenganche del trabajador o el pago de la indemnización que establece el artículo 125 de la Ley Sustantiva Laboral. Si el derecho a la estabilidad relativa fuera un derecho irrenunciable, el legislador no hubiese dado al patrono la facultad de escogencia entre el cumplimiento de una u otra obligación. De allí que se pueda sostener que el trabajador puede disponer de su derecho al reenganche, lo cual puede derivarse del recibo, de parte de éste, de las prestaciones sociales que le correspondan con ocasión de la terminación de la relación laboral, bien antes de la instauración de un procedimiento por calificación de despido o bien después de ella, pues la obligación de pago de las prestaciones sociales, por parte del patrono, surge o es causada por la terminación de la relación laboral, independientemente del motivo que la origine. Esa obligación es, a tenor de lo que

dispone nuestra Constitución, de exigibilidad inmediata (ex artículo 92); por ello, si el trabajador acepta el cumplimiento de tal obligación, es porque admite la terminación de la relación laboral, que es precisamente lo que se trata de evitar en un juicio de estabilidad, el cual tiene, como fin último, el reenganche del trabajador: de allí que, si el trabajador acepta el pago de las prestaciones sociales, está renunciando a su derecho al reenganche, lo cual no es óbice para que pueda accionar ante los órganos de administración de justicia, con la finalidad de reclamar otras cantidades de dinero que estime se le adeuden, sin que pretenda la obtención del reenganche...”(Negrillas de la Sala)

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones y visto que, en el caso de autos, el despido de la parte actora se efectuó sin tomar en consideración el régimen especial de protección previsto a su favor por el Decreto N° 7.154 del 23 de diciembre de 2009 publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.334, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar la acción de amparo incoada, pues la decisión accionada partió de un falso supuesto al desconocer que la accionante se encontraba tutelada por el régimen de estabilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, lo que vulneró su derecho al debido proceso, a la defensa y al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales previstos en los artículos 49, cardinal 1 y 89, cardinal 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, anula la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y ordena que otro Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, una vez efectuada la distribución correspondiente, emita un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación ejercido contra la decisión emitida el 18 de octubre de 2010 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, tomando en consideración el criterio expuesto en el presente fallo. Así se decide.

Por último, esta Sala Constitucional considera ineludible señalar que la actuación desplegada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y el Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial al emitir pronunciamiento sobre la acción de amparo primigenia intentada por la ciudadana Franceliza del Carmen Guédez Principal, contra la negativa de la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) a cumplir la Providencia Administrativa N° 108-2010 dictada el 22 de marzo de 2010 por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, revela un desconocimiento craso del régimen de estabilidad absoluta previsto en nuestro ordenamiento jurídico, al obviar la protección especial que detentaba la accionante por estar amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional y, además, pone de manifiesto la falta de atención de uno de los principios más importantes de todo proceso como lo es el principio dispositivo, ya que no le estaba dado a estos órganos jurisdiccionales que conocieron el amparo ejercido contra la contumacia de un patrono, emitir un pronunciamiento distinto que no fuese verificar si existía o no renuencia en el cumplimiento de la orden impartida por la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda y no proceder a objetar -como en efecto lo hicieron- el contenido de la Providencia Administrativa, como si se tratara de un juicio de nulidad contra el referido acto, más aun cuando tal Providencia Administrativa se encontraba definitivamente firme al haber transcurrido el lapso de ley para solicitar su nulidad, sin que hubiese sido impugnada. En consecuencia, esta Sala Constitucional estima pertinente hacer un llamado de atención a los jueces a cargo del Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y del Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial para que en futuras ocasiones no vuelvan a incurrir en errores similares a los expuestos. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *Competencias: Régimen de las telecomunicaciones*

TSJ-SPA (1512)

16-11-2011

Magistrado Ponente. Trina Omaira Zurita

Caso: Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 se introducen cambios fundamentales en materia de telecomunicaciones en la República Bolivariana de Venezuela, al pasar de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general (Artículo 5 *eiusdem*), al introducir el mecanismo autorizador de la habilitación administrativa (Artículo 16 de ese texto normativo) y limitar el régimen de concesión, al reconocerle derechos y obligaciones a los usuarios y operadores del servicio y al crear un órgano rector y un órgano de control -entre otros cambios en la regulación-, cambios con vista a los cuales es preciso concluir que la intención del legislador -sin lugar a dudas- fue la de introducir una nueva regulación integral de la materia.

Dicho lo anterior, igualmente estima necesario la Sala, que previo al pronunciamiento de mérito de la presente causa y a los fines de una mayor claridad de la decisión, precisar -en el marco de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 36.970 del 12 de junio de 2000, aplicable *ratine temporis*- el significado de los conceptos siguientes: 1.- **Espectro Radioeléctrico**; 2.- **Habilitación Administrativa** y 3.- **Concesión Administrativa**.

1.- **Espectro Radioeléctrico**: Conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 GHz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial. El espectro radioeléctrico se divide en bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente y pueden ser divididas en subbandas, las cuales constituyen el agrupamiento o conjunto de ondas radioeléctricas, con límites superior e inferior determinados convencionalmente, en el cual puede dividirse una banda específica del espectro radioeléctrico. (Artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000).

El espectro radioeléctrico es un bien del dominio público destinado a la prestación de servicios de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a la República y para cuyo uso y explotación se requiere de una concesión. (Artículo 7 *eiusdem*).

2.- **Habilitación Administrativa (Telecomunicaciones)**: Es el título que otorga la Administración Pública para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones establecidas a tales fines de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables. Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominan atributos de la habilitación, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador. (Artículos 16 y 25 *eiusdem*).

Existen cinco (5) tipos de habilitaciones administrativas, a saber: 1) De radiodifusión sonora y televisión abierta; 2) De radiodifusión sonora o televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro; 3) De radioaficionados; 4) Especiales y 5) Generales. Las habilitaciones administrativas relativas a las categorías 1 y 2 son otorgadas por el Ministro de Infraestructura (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones); las restantes por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. (Artículos 104 y 37 numeral 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, y 3 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico).

3.- Concesión Administrativa (Telecomunicaciones): Es un acto administrativo unilateral mediante el cual la República, por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), o el Ministro de Infraestructura, (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones), según el caso, otorga o renueva a una persona natural o jurídica la condición de concesionario sobre el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. (Artículos 76 y 37 numeral 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y 2 numeral 2 del Reglamento de esa Ley).

El título de la concesión sólo confiere derecho de uso y explotación sobre porciones del espectro radioeléctrico que se encuentran definidos en el mismo, por lo que la actividad de telecomunicaciones a ser desarrollada mediante el uso de esas porciones de espectro radioeléctrico está sujeta a la obtención de una habilitación administrativa que autoriza al concesionario a prestar ese servicio bajo las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. De modo pues, que toda concesión deberá tener asociada una habilitación administrativa. (Artículo 110 *eiusdem*).

Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico son de tres tipos: 1.- De radiodifusión; 2.- Generales y 3.- Las de recursos orbitales y porciones del espectro radioeléctrico. Las primeras, otorgadas por el entonces Ministro de Infraestructura (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones), sobre las porciones de espectro radioeléctrico necesarias para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta y de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro. (Artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y 29 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico). Las restantes son otorgadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la segunda, sobre las porciones de espectro radioeléctrico para el establecimiento y explotación de redes para la prestación de servicios amparados bajo las habilitaciones generales que así lo requieran. Mientras que las terceras recaen sobre los recursos orbitales y las porciones del espectro radioeléctrico asociados a los mismos. (Artículo 29 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico).

En este punto importa precisar que la concesión sólo otorga derechos de uso y explotación de un bien del dominio público de la República, como lo es, el espectro radioeléctrico, mas no autoriza la prestación de servicios de telecomunicaciones, ya que para ello, se requiere de otro título jurídico denominado *habilitación administrativa*, conceptuada ésta última como la autorización de la Administración para el ejercicio de una actividad privada, previa valoración de la misma a la luz del interés público tutelado por la norma y para cuyo otorgamiento se requiere que el interesado en obtenerla se sujete a las Condiciones Generales o

Particulares establecidas por el Organismo Nacional competente para el otorgamiento de dichas autorizaciones; en el entendido que, tratándose de una habilitación administrativa su otorgamiento siempre tendrá carácter discrecional por parte de la Administración.

En el caso bajo examen tenemos que la sociedad mercantil recurrente cuenta con nueve (9) concesiones generales que le conceden el derecho y uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico, entre las cuales, se incluyen las anteriormente mencionadas.

Igualmente tiene otorgada una habilitación administrativa asociada a esas nueve (9) concesiones que le autoriza a realizar determinadas actividades de telecomunicaciones con fines de lucro, entre las cuales se encuentran: a) las destinadas a transmitir información de cualquier naturaleza a través de un sistema de noventa y cuatro (94) enlaces de microondas de una sola vía, instalados en estaciones de relevos y terminales, los cuales sirven para el transporte de las señales producidas en los estudios del operador; y b) las destinadas al intercambio de voz o datos entre equipos terminales móviles utilizando estaciones de base, para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales propias, que se llevará a cabo mediante un sistema de radiocomunicaciones móviles, para la transmisión de voz, con veintitrés (23) estaciones repetidoras, en modo de operación dúplex, punto a punto, con treinta (30) canales en la banda UHF. (*Vid.* Folios 57 al 64 del expediente judicial).

Hechas las precisiones anteriores, este Órgano Jurisdiccional advierte que el objeto del presente recurso contencioso administrativo es la “*nulidad parcial*” de la Providencia Administrativa N° PADS-GST-00073, dictada el 12 de julio de 2007 por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), ya que según afirma la recurrente “*la extensión de tiempo a que se sometió no resulta ajustada a derecho al ser contraria a lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico (RHAC) y 9 de la Providencia Administrativa N° 843 que establece las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales (PCGHA), en concordancia con los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 4 del Código Civil; y por transgredir de manera expresa los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública...*” por lo que la Sala, previo a emitir la decisión de fondo formula las consideraciones que más adelante se explanan comenzando por el instrumento legal de más larga data, es decir, el Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987.

1.- Del alegato relativo a la infracción de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577, publicado el 27 de mayo de 1987 en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, mediante la cual se dictó el Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras.

Con relación al Decreto N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, mediante el cual se dictó el Reglamento Sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, importa observar que el mismo fue dictado en ejercicio de la atribución conferida al Presidente de la República por el numeral 10 del artículo 190 de la derogada Constitución de 1961 y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7 y 10 de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, promulgada ésta a su vez bajo la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936 y dentro de un marco político de restricción de la libertad económica en Venezuela; restricción de la garantía de la libertad económica en el país, que se extendió desde 1936 hasta 1961, año en el cual, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Nacional, dicha garantía recuperó su vigencia, pero inmediatamente el entonces Presidente de la República, mediante Decreto N° 455 de 23 de enero de 1961, limitó de nuevo dicha garantía constitucional, limitación que se mantuvo hasta 1991, cuando mediante Decreto N° 1.724 de 4 de julio de 1991 se restituyó;

por lo que en atención al principio de jerarquía normativa, lo primero a señalar es que se trata de un reglamento ejecutivo, definido por la doctrina especializada como aquellos que se dictan para ejecutar una ley preexistente o para desarrollar los preceptos de la ley anterior, es decir, los llamados reglamentos en ejecución de la ley o de conformidad con la ley.

Ubicado el marco constitucional y legal del Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, así como su orden jerárquico de rango sublegal, conviene puntualizar que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 de 12/06/2000), se introducen cambios fundamentales en materia de Telecomunicaciones en Venezuela, traducidos en una *regulación integral de la materia*, entendida ésta como aquella, que dependiendo del criterio “... que se haya adoptado para la delimitación de la materia, proporciona a ésta una normación que puede operar por sí sola sin necesidad de acudir a ulteriores mecanismos de integración” (Ver Díez-Picazo, Luis María: *La Derogación de las Leyes*, Madrid, Civitas, 1990, p. 288 y ss.), al pasar la actividad de estar reservada exclusivamente al Estado y su establecimiento y explotación sujetos a permisos y concesiones otorgadas por el Estado (Artículo 1, Ley de Telecomunicaciones del año 1940), a un régimen abierto, en donde el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones son considerados de interés general, para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa de la correspondiente “*habilitación administrativa*”, limitando la nueva regulación la figura de la “*concesión*” sólo para el uso y explotación del espectro radioeléctrico (Artículos 76 y ss., Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000).

Así, el pase de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general; la introducción del mecanismo autorizador de la “*habilitación administrativa*” (Artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000); la limitación de la figura de la concesión tal como se apuntó supra; el reconocimiento de derechos a los usuarios y operadores y la fijación en contrapartida de deberes en cabeza de esos mismos usuarios y operadores; la creación de un órgano rector de las telecomunicaciones y de un ente con facultades -entre otras- de inspección, vigilancia y control en la instalación, operación y prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como el otorgamiento de la potestad sancionatoria a dicho ente (Artículos 37 y 159 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000), evidencian una nueva regulación integral en materia de telecomunicaciones, lo que plantea a este sentenciador el tema de la vigencia temporal de la reglamentación dictada bajo el amparo de la Ley de Telecomunicaciones 1940, concretamente el Decreto Reglamentario N° 1.577 alegado por la recurrente como fundamento de su solicitud, para lo cual importa distinguir entre la cesación de la vigencia de la legislación anterior, entiéndase Ley de Telecomunicaciones de 1940 y la cesación de la eficacia del Reglamento, concretamente el Decreto N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, invocado por la recurrente a su favor.

En cuanto a la cesación de la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del mencionado Decreto Reglamentario N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, tenemos que el artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, es claro al dictar un régimen derogatorio con carácter general y uniforme en los términos siguiente:

“Artículo 207.- Salvo lo dispuesto en el artículo 208 de esta ley, se derogan las disposiciones legales y reglamentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en esta Ley”.

No establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 una derogatoria específica -en el sentido de expresa- de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, ni del Decreto 1.577 de fecha 27 de mayo de 1987, sino una derogatoria con carácter general de las disposiciones legales y reglamentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en

dicha ley, por lo que a juicio de esta Máxima Instancia en esta derogatoria general se encuentra implícita la derogación de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del invocado por la recurrente Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, interpretación de la Sala que encuentra apoyo -como se expondrá *infra*- en la Disposición Transitoria contenida en el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mediante la cual el legislador le confiere vigencia temporal sólo a los instrumentos normativos expresamente indicados en dicha norma.

Así, tenemos que el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, mantiene la vigencia de algunos instrumentos normativos, en los términos siguientes:

“Artículo 208.- Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, el Ejecutivo Nacional, mediante reglamento, podrá seguir estableciendo las regulaciones que considere necesarias. Se mantendrán en vigencia, salvo lo que disponga la Asamblea Nacional o el Ejecutivo Nacional, según el caso, todas las disposiciones legales y reglamentarias y cualquier otra de carácter normativo que regulen, limiten o restrinjan, el contenido de dichas transmisiones o comunicaciones y, en especial, aquellas contenidas en:

1. Decreto N° 2427 de fecha 1 de febrero de 1984, mediante el cual se establece el Reglamento de Radiocomunicaciones, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.336 de fecha 1 de febrero de 1984.

2. Resolución N° 703, de fecha 06 de marzo de 1969 publicada en Gaceta Oficial N° 28.883, de fecha 23 de marzo de 1969, mediante la cual se regula los programas de concurso.

3. Decreto N° 1200 de fecha 11 de septiembre de 1981, publicado en Gaceta Oficial N° 32.310 de la misma fecha, mediante la cual se prohíbe la Transmisión de publicidad de bebidas alcohólicas

Decreto N° 598 de fecha 03 de diciembre de 1974, publicado en la Gaceta Oficial N° 30.569, de fecha 09 de enero de 1975, referido a la obligación que tiene las estaciones de radiodifusión sonora de incluir en su programación musical diaria, al menos, cincuenta por ciento (50%) de la música venezolana en sus distintas manifestaciones: folklóricas, típica o popular.

5. Reglamento sobre la Operación de las Estaciones de Radiodifusión Sonora dictado mediante Decreto N° 2771 de fecha 21 de enero de 1993, publicado en la Gaceta Oficial Ext. 4530 de fecha 10 de febrero de 1993.

6. Decreto N° 996 de fecha 19 de marzo de 1981, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.192, de fecha 20 de marzo de 1981, referido a la prohibición de la transmisión de publicidad directa o indirecta de cigarrillo y manufactura del tabaco.

7. Decreto N° 849 del 21 de noviembre de 1980, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.116, del 21 de noviembre de 1980, referido a la prohibición de transmisión de publicidad de cigarrillos y demás productos derivados de la manufactura del tabaco a través de las estaciones de radiodifusión audiovisual.

8. Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión publicado mediante Decreto N° 2.625 del 5 de noviembre de 1992, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.996, del 20 de noviembre de 1992.

9. Decreto N° 525 de fecha 12 de enero de 1959, mediante el cual establece el Reglamento General de Alimentos publicado en Gaceta Oficial N° 25.864 de fecha 16 de enero de 1959.

10. Las disposiciones previstas en materia de contenido de transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, establecidas en la Ley Orgánica de Educación, Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,

Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, Ley de Defensa contra Enfermedades Venéreas, y en Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Parágrafo Único: *Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones seguirá encargada de velar por el fiel cumplimiento de la regulación a que se refiere este artículo y de la que, en esta materia, dicte el Ejecutivo Nacional.”.*

En consecuencia, visto el efecto derogatorio con carácter general contenido en el mencionado artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, entendida la derogación como aquella disposición *ad hoc* que tiene por finalidad dejar sin efecto una norma y que recae sobre todas las posibles normas del texto legal al cual se refieren o a este íntegramente y la no inclusión del invocado por la recurrente del Decreto Reglamentario N° 1.577 entre las disposiciones legales y reglamentarias que por disposición del transcrito artículo 208 continuaban vigentes, la Sala concluye que tanto la Ley de Telecomunicaciones de 1940 como el Decreto N° 1.577 Reglamentario fechado 27 de mayo de 1987, cesaron su vigencia a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, el 12 de junio de 2000, fecha en la que comenzó a surtir efectos. Así se establece.

No obstante la cesación de vigencia de la legislación y reglamentación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, hay que señalar que como consecuencia de la Disposición Transitoria contenida en el artículo 210 *eiusdem* -el cual abordaremos más adelante-, el Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, continuó teniendo eficacia jurídica (ultractividad) en aquellos supuestos de concesiones o permisos otorgados conforme al mencionado Decreto, cuyos títulos estuvieren vigentes y que existiese interés jurídico en la transformación de los mismos al nuevo régimen de habilitaciones administrativas dictado por la nueva ley, en el entendido que esta eficacia jurídica tiene alcance hasta el momento de extinción de la concesión otorgada bajo el amparo de la legislación anterior o hasta que el concesionario decidiera acogerse a la nueva regulación.

Régimen transitorio que, por otra parte, se ubica también dentro del llamado Derecho intertemporal, conceptualizado como “... *el conjunto de normas que regulan la sucesión de leyes en el tiempo y dan solución a los conflictos que ésta origina...*” (DIEZ-PICAZO, Luis María: *Op. Cit.* p. 183), el cual es inescindible del efecto derogatorio por lo que, tal como lo afirma la doctrina especializada en la materia, una adecuada comprensión del efecto derogatorio exige vincularlo al Derecho *intertemporal* “... *habida cuenta de que la derogación es el modo normal de sucesión de leyes en el tiempo, es necesario analizar cómo opera en el seno del conjunto de normas intertemporales; o dicho de otra manera es preciso observar cómo el Derecho Intertemporal modula el efecto derogatorio arriba descrito, ya que sólo así se podrá dar cumplida respuesta a los problemas acerca de la esencia del propio efecto derogatorio, que subyacen a la referida distinción entre cesación de la vigencia y cesación de la eficacia (omissis) La eficacia entendida como la capacidad actual de una ley para regular una determinada situación, únicamente tiene sentido en relación con la vigencia: sólo una ley que está -o ha estado- vigente puede ser eficaz, de igual modo que toda ley vigente tiene una vocación de eficacia. Ello no significa, sin embargo, que no pueda haber eficacia sin vigencia y, viceversa, vigencia sin eficacia. Para expresarlo en términos rigurosos, nada impide que una ley que ha dejado de pertenecer activamente al ordenamiento continúe surtiendo efectos durante algún tiempo, ni que una ley activamente incardinada en el propio ordenamiento no despliegue efectos por un cierto periodo...*” (DIEZ-PICAZO, Luis María: *Op.Cit.*, p. 183 y ss. y 217).

Expuestos los razonamientos anteriores, en el caso *sub examine* tenemos que la recurrente denuncia la violación de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, mediante el cual se dictó el Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, los cuales establecen:

“Artículo 1° Las Concesiones para el establecimiento y explotación de estaciones televisoras y radiodifusoras se otorgarán por veinte (20) años.

Artículo 2° Se considerarán integrando la concesión los servicios complementarios de transporte de la señal entre repetidores, por el sistema de microondas y de transporte entre estudio y planta y entre plantas repetidoras, por los sistemas de FM, VHF, UHF o SHF.

Artículo 3° Al finalizar la concesión, los concesionarios que durante el período señalado en el artículo 1° hayan dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años.

Artículo 4° Las concesiones que se hayan otorgado antes de la fecha de vigencia del presente Decreto, se considerarán válidas por el término establecido en el artículo 1°.

Artículo 5° El presente Decreto tendrá vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, y desde entonces queda derogado el Decreto N° 1986 del 28 de diciembre de 1976”. (Resaltado de la Sala).

Conforme al artículo 4 anteriormente transcrito, las concesiones otorgadas antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto se considerarían válidas por el término establecido en el artículo 1° del mismo Decreto, esto es, por el plazo de veinte (20) años.

Como fundamentos de sus denuncias, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISION) -entre otras afirmaciones- sostienen que su representada es una empresa que opera un canal de televisión abierta VHF a nivel nacional, desde 1960.

Que “*en atención a lo dispuesto en ese Reglamento (Decreto N° 1.577), las concesiones de radio y televisión otorgadas con anterioridad a su promulgación, se considerarían válidas por el término de vigencia máximo establecido a través de dicho Decreto, es decir, por veinte (20) años; otorgándose luego, el derecho preferente a ser extendidas por un período adicional igual, en caso de que, para su vencimiento los concesionarios hubieran cumplido con la normativa vigente en materia de telecomunicaciones*”.

Que la recurrente solicitó ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la transformación del “*Título Administrativo de Permiso de Operación de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145*”, a los fines de su adecuación al régimen regulatorio previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000; procediendo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 4 de mayo de 2005, en atención a la solicitud formulada a transformar el “*Título Administrativo de Permisos de Operaciones de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145*” que tenía la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), en la Habilitación Administrativa N° HGTS-05896 y en las Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372 y CTGS-05552. Todo en aplicación del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000.

Ahora bien, planteada así la situación y en conexión con todo lo arriba expuesto, a juicio de la Sala es claro que la recurrente tiene el Título Administrativo de Permisos de Operaciones de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145, otorgado por la Comisión Nacional de Telecomu-

nicaciones en fecha 30 de mayo de 2000, el cual fue transformado en Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ésta el 4 de mayo de 2005 (Resolución N° HGTS-05896), en respuesta a la solicitud de transformación del Título Administrativo antes indicado, formulada por la recurrente a la Administración el 31 de mayo de 2002, a los fines de su adecuación al nuevo régimen regulatorio.

La Administración, al transformar los títulos con fundamento en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, actuó como correspondía en Derecho, por cuanto no existen o no fueron introducidos en la nueva regulación legislativa efectos retroactivos, por lo que el legislador a fin de proteger y respetar los derechos individuales de los concesionarios y beneficiarios de permisos otorgados bajo la legislación anterior, estableció en el artículo 210 *eiusdem* una disposición transitoria que garantizaba el respeto y disfrute del plazo de duración de las concesiones o permisos que no hubieren llegado a término para la fecha de entrada en vigencia de la nueva regulación, con la sola condición del deber de transformar los títulos otorgados y vigentes en “concesiones y habilitaciones administrativas”, con lo cual el legislador reconocía eficacia jurídica al Reglamento derogado (ultractividad), por lo que una vez transformado esos títulos en habilitaciones administrativa cesaba la eficacia del Reglamento, al desaparecer las causas que dieron lugar a la transitoriedad.

Siendo esto así, debe la Sala concluir en la improcedencia del alegato de la recurrente de infracción de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, publicado en la Gaceta Oficial N° 33.726 de la misma fecha, por no ser aplicables dichos artículos al haber cesado para esta -conforme a lo expuesto *supra*- la eficacia jurídica de dicho Reglamento a partir del momento en que la recurrente manifestó ante la Administración su voluntad de acogerse a la nueva regulación integral de la materia, esto es el 31 de mayo de 2002 y haber cesado para ella las causas que dieron lugar a la temporalidad. Así se declara.

2.- Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en los artículos 21 y 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000

Los apoderados judiciales de la parte actora sostuvieron que en el caso de VENEVISIÓN, dado que la extensión temporal inicial fue la correspondiente al máximo plazo permitido por el ordenamiento jurídico aplicable, esto es, el Decreto N° 1.577 Reglamentario [equivalente a veinte (20) años], la Administración tenía la obligación de obedecer al mismo parámetro para el establecimiento del plazo de la renovación. En este orden de ideas, la extensión de la renovación aprobada tenía que fijarse en el período máximo permitido por el ordenamiento jurídico vigente para la fecha en la que se dictó el acto administrativo impugnado, equivalente a veinticinco (25) años.

Pretende la recurrente que la Administración al renovar los títulos en la *Habilitación General N° HGTS-05896*, así como las *Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552*, le otorgase el plazo máximo permitido por la nueva legislación, es decir, veinticinco (25) años, alegando a su favor el artículo 1° del Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, sin detenerse en la circunstancia que para ella ya había cesado la eficacia jurídica del Reglamento derogado -como quedó expuesto-, desde el momento en que ella (la recurrente) manifestó ante la Administración su voluntad de acogerse a la nueva regulación conforme a lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, por lo que -se insiste- mal puede la parte actora invocar a su favor una disposición cuya vigencia y eficacia jurídica había sucumbido ante la nueva regulación, menos aún pretender que el período máximo de la concesión fijado en el Decreto Reglamentario derogado tuviera carácter vinculante para la Administración, siendo como era un instrumento

jurídico de rango sublegal, que reglamentaba una ley también derogada, como es la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y por lo tanto, no formaba parte del marco legal y reglamentario (principio de legalidad) que regía la actuación de la Administración (CONATEL) para la fecha en que dicta el acto administrativo parcialmente recurrido en la presente causa, el 12 de julio de 2007. Así se establece.

En este orden de ideas, se observa que la recurrente denuncia la violación del artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, el cual dispone que las habilitaciones administrativas no podrán exceder de veinticinco años, en los términos siguientes:

“Artículo 21.- La duración de las habilitaciones administrativas no podrá exceder de veinticinco años; pudiendo ser renovada por iguales periodos siempre que su titular haya cumplido con las disposiciones previstas en esta Ley, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en la habilitación respectiva”.

Fija la norma transcrita como período máximo para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas, el de veinticinco años (25) años, siendo posible para la Administración otorgar habilitaciones por periodos inferiores al máximo legal permitido con lo cual debe entenderse que el legislador otorgó en esta materia potestad discrecional a la Administración.

Potestad discrecional conferida por el legislador del año 2000 a la Administración que tiene su fundamento en el Principio de Legalidad Administrativa (Artículo 137 de la Carta Magna), en razón de que es la propia ley la que deja a cargo de la Administración la libre apreciación de algunos elementos de la decisión administrativa, entendiéndose acto administrativo, contrariamente a lo que sucede en la llamada “*potestad reglada*”, la cual se configura en aquellos casos cuando las reglas de derecho imponen a la Administración la decisión, ante la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho contempladas en la misma norma.

Otorgada por el legislador a la Administración esta potestad discrecional, la doctrina especializada es conteste al considerar que la misma no es susceptible de graduación, afirmándose en este sentido que un poder no es más o menos discrecional: lo es si la Ley deja a la Administración administrar su ejercicio; no lo es si ella -la Ley- dicta las condiciones; pero en el seno, es decir, al interior del acto administrativo puede haber más o menos discrecionalidad, es la denominada *proporcionalidad*, según que, la Ley deje más o menos elementos de la decisión a la libre apreciación de la Administración, estas son, las razones de conveniencia y oportunidad del acto administrativo.

De allí que, el control jurisdiccional en materia de potestad discrecional, es un control de legalidad fundamentado en nuestra legislación en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual:

“Artículo 12: 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”.

De acuerdo a la norma transcrita, la Administración debe mantener la proporcionalidad; adecuación con el supuesto de hecho; finalidad y formalidad en el sentido de que el acto debe seguir los trámites, requisitos necesarios para su validez y eficacia, son los elementos que a juicio del legislador debe reunir el acto discrecional y los que fijan los límites al ejercicio del poder discrecional.

En el caso de autos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en ejercicio de la potestad discrecional otorgada por el legislador en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,

municaciones del año 2000, renovó los títulos en la Habilitación General N° **HGTS-05896** y las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, por el plazo de diez (10) años, contado a partir del 27 de mayo de 2007, decisión de la Administración que a juicio de la Sala no infringe el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 denunciado como conculcado por las razones arriba expuestas en cuanto a la potestad discrecional, ni los límites de la proporcionalidad establecidos en el antes transcrito artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por una razón fundamental, la finalidad del acto dictado por la Administración era renovar por tiempo limitado la arriba mencionada Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ella, el cual se cumplió con el acto mismo de la renovación de los títulos, tal como se evidencia en el acto administrativo parcialmente recurrido.

Siendo esto así, no puede pretender la recurrente que la Administración tenía la obligación de renovar la Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ella sobre el alegato a su favor del derecho de preferencia establecido en el artículo 3 del Decreto Reglamentario N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987 (el cual se insiste había quedado derogado y sin eficacia jurídica por las razones apuntadas *supra*), por la elemental razón lógica de que cuando el reglamentista en el artículo 3 del precitado Decreto expresa que los concesionarios que durante el periodo señalado en el artículo 1° hubieren *dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años*, se debe entender que las disposiciones a las cuales se refiere, son las contenidas en la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y demás normas de rango sublegal dictadas de conformidad con esa ley. Así se establece.

De manera pues, que mal puede la recurrente afirmar un derecho preferente con fundamento en un Decreto el cual además de desarrollar el espíritu, propósito y razón de una ley derogada -se repite-, perdió toda vigencia por las razones suficientemente antes expuestas. Aceptar esa solución supondría violar el marco legal y reglamentario de la nueva regulación integral de la materia. Así se establece.

En consecuencia, a juicio de esta Sala la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no transgredió el denunciado por la recurrente artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al renovar por el plazo de diez (10) años la Habilitación General N° **HGTS-05896** y las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, otorgada a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A., por cuanto el plazo de veinte (20) años fijado en los títulos transformados, entiéndase concesiones, corresponde al ejercicio de competencias contenidas en una legislación y reglamentación derogada y sin eficacia jurídica tal como ha quedado expuesto y la renovación fue acordada por la Administración (CONATEL) en ejercicio de la potestad discrecional contenida en el mencionado artículo 21 *eiusdem*, en concordancia con el 73 de la misma ley, por tanto, se desestima la denuncia bajo análisis. Así se declara.

Por otra parte, la accionante denunció la infracción del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo dispositivo dispone lo siguiente:

“Artículo 210.- La Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá, mediante resolución, cronogramas especiales de transformación de las actuales concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta Ley.

Mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridos al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos.

La transformación de los títulos jurídicos deberá efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial, tendrá carácter obligatorio y se hará atendiendo a los principios siguientes:

- 1. Transparencia, buena fe, igualdad y celeridad.*
- 2. Los derechos de uso y explotación dados en concesión, sobre frecuencias legalmente otorgadas, se mantendrán en plena vigencia.*
- 3. No implicará el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que actualmente tienen los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos.*
- 4. Se respetará el objeto, la cobertura y el lapso de vigencia de las concesiones o permisos vigentes para el momento de la entrada en vigencia de la presente Ley. Las renovaciones posteriores de las habilitaciones administrativas o concesiones previstas en esta Ley se seguirán por las reglas generales contenidas en ella.***
- 5. Los operadores que actualmente tengan obligaciones relativas a metas de calidad, desarrollo, expansión y mantenimiento de sus redes, de conformidad con sus respectivos contratos de concesión, deberán cumplir con las mismas.*
- 6. Sólo se establecerán las limitaciones que resulten compatibles con los principios de esta Ley y el desarrollo que de ellos hagan los reglamentos respectivos.*
- 7. La transformación del título jurídico a que se refiere este artículo deberá solicitarla el interesado dentro del plazo que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el cual no podrá ser inferior a sesenta (60) días hábiles. Vencido el plazo a que se refiere el presente numeral, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones publicará en por lo menos un diario de circulación nacional, el listado de los concesionarios que no hubiesen respondido el llamado de transformación de los títulos, otorgándoles un plazo adicional de cinco (5) días hábiles a tales efectos, bajo el apercibimiento de que, de no hacer la solicitud respectiva, se entenderá como renuncia a las concesiones o permisos que hayan obtenido con anterioridad a la publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial.*
- 8. La transformación de los títulos actuales en modo alguno supone que los operadores de telecomunicaciones existentes antes de la entrada en vigencia de esta Ley, estén sometidos al procedimiento general establecido para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas o a la extinción, revocatoria o suspensión de las concesiones o permisos otorgados bajo el amparo de la anterior legislación, por tal concepto". (Resaltado de esta Sala).*

Tal como se señaló *supra* el transcrito artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, establece como Disposición Transitoria un régimen transitorio, de carácter temporal (Derecho intertemporal) para la transformación de las concesiones o permisos otorgados conforme a la legislación anterior en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta ley, lo cual otorga eficacia jurídica en el sentido arriba expuesto a la legislación y reglamentación derogada, la cual tenía alcance hasta el momento de extinción de la concesión o permiso otorgados bajo el amparo de la legislación anterior o hasta que el concesionario decidiese acogerse a la nueva regulación, mediante la correspondiente manifestación de voluntad, materializada a través de la respectiva solicitud.

Sentado lo anterior, este Órgano Jurisdiccional observa, tal como se señaló anteriormente, que la recurrente en fecha 31 de mayo de 2002, solicitó ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la transformación del Título Administrativo de Permiso de Operación de

Estaciones Radioeléctricas N° C-0145 otorgado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 30 de mayo de 2000 y que en respuesta a esa solicitud la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 04 de mayo de 2005 (Resolución N° HGTS-05896), con fundamento en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, transformó el Título Administrativo en una Habilitación General y nueve (9) Concesiones Generales asociadas a esta hasta el 27 de mayo de 2007; por lo que a juicio de la Sala, la transformación de título solicitada por la recurrente y otorgada por la Administración, tuvo consecuencias jurídicas importantes para la recurrente (administrado), a saber: i) el cumplimiento por parte de la interesada, entiéndase la recurrente, de la obligación establecida en el primer aparte de la norma en comentario, conforme al cual: “... *La transformación de los títulos jurídicos deberá efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial, tendrá carácter obligatorio y se hará atendiendo a los principios siguientes ...omissis...*; ii) la extinción para la recurrente del derecho a la transformación del título, el cese de la eficacia jurídica a su favor del Decreto N° 1.577 Reglamentario de fecha 27 de mayo de 2007 y la obtención de la Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a esta, y iii) el pase del régimen transitorio al general establecido en la nueva regulación de la materia.

De manera pues, que en el iter procedimental seguido por la Administración (CONATEL) para la sustanciación y decisión de la solicitud de renovación formulada por la recurrente, no era aplicable el denunciado artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, en razón de que se trata de una Disposición Transitoria, regulatoria de los procesos de transformación de títulos y adecuación por parte de los interesados a la nueva regulación de la materia, en tanto que el trámite de la renovación solicitada se regía fundamentalmente por el artículo 21 de la mencionada Ley Orgánica.

Son estas razones, las que llevan a la Sala a concluir en la improcedencia de la denuncia de violación por parte de la Administración (CONATEL) del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al dictar el acto administrativo parcialmente recurrido. Así se declara.

3.- Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en los artículos 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico

Los apoderados judiciales de la parte actora alegaron que el plazo inicial de duración de las concesiones y habilitaciones administrativas asociadas a éstas, ya sea que el mismo haya sido establecido de acuerdo con el régimen vigente o el anterior, es el que dicta la extensión del plazo de la renovación legal subsiguiente, pues ésta necesariamente tiene que ser por períodos iguales al inicial, estando inhabilitada la Administración para alterar ese lapso.

Por su parte, el artículo 5 del texto reglamentario denunciado como transgredido establece lo siguiente:

“Artículo 5.- Las habilitaciones administrativas serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pudiendo ser renovadas por iguales períodos, en los términos establecidos en el presente Reglamento. Los atributos contenidos en una habilitación administrativa determinada sólo podrán prestarse o explotarse durante la vigencia de la habilitación administrativa que los contenga, con independencia del tiempo en el cual fueron incorporados a la misma”. (Resaltado de esta Sala).

Como puede apreciarse de la lectura del dispositivo antes transcrito, el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de

Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, recoge en idénticos términos lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al señalar que las habilitaciones administrativas serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales períodos, por lo que, coherente con los razonamientos que vienen siendo sostenidos, la Sala considera que a dicha denuncia le son aplicables todos los razonamientos expuestos en el cuerpo de la presente decisión respecto a la presunta violación del artículo 21 *eiusdem* y en torno al ejercicio por parte de la Administración de la potestad discrecional contenida en dicha norma.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos antes expuestos, debe esta Sala concluir que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no estaba obligada a otorgar la habilitación administrativa por el mismo plazo de duración contenido en la concesión otorgada bajo la vigencia del Decreto Reglamentario N° 1.577 por las razones igualmente apuntadas *supra*, por tanto, no hubo violación del artículo 5 del Reglamento de Sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radio Eléctrico, denunciado como transgredido por la recurrente al no fijar como plazo de duración de la habilitación administrativa el término de veinte (20) años o el máximo de veinticinco (25) establecido en la nueva legislación. Así se declara.

En cuanto al alegato de infracción del artículo 30 del mismo Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, esta Sala observa que los artículos 29 y 30 del identificado texto normativo disponen lo siguiente:

“Artículo 29.- De conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico serán de tres tipos:

- 1. Concesiones de radiodifusión*
- 2. Concesiones generales*
- 3. Concesiones de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociadas (...)*”

“Artículo 30.- Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del presente Reglamento, serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años”. (Resaltado de esta Sala).

Conforme a los artículos transcritos, tenemos en primer término que las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico son de tres tipos: i.) de radiodifusión; ii) generales; y (iii) de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociadas; y en segundo término, las concesiones de radiodifusión y las generales para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, no pueden ser otorgadas por períodos superiores a veinticinco (25) años, lo cual se corresponde con el límite máximo fijado por el legislador en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 para las *habilitaciones administrativas*.

Dicho lo anterior, la Sala advierte que en materia de concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico el artículo 76 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 establece claramente que para realizar actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico los operadores deberán obtener previamente la concesión de uso correspondiente, otorgada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través del procedimiento de oferta pública o por adjudicación directa, en la forma y condiciones reguladas por dicha ley y su reglamento. De manera pues que la oferta pública y la adjudicación directa son los dos procedimientos administrativos estatuidos por el legislador del año 2000 para que los interesados en las actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico puedan legítimamente ejercer dichas actividades.

Por otra parte, la Sala observa que el artículo 110 *eiusdem* preceptúa que conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma, advirtiéndose que el legislador del año 2000 no estableció en dicha norma, ni en el texto de la ley en comentario el plazo de duración de dichas concesiones, sólo fijó el período de duración para las habilitaciones administrativas, el cual como se constató anteriormente no puede exceder de veinticinco (25) años.

En este punto importa precisar que en el proceso de transformación del Título Administrativo del cual fue beneficiaria la recurrente, el plazo de veinte (20) años establecido en el Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, era para la concesión otorgada a la recurrente conforme a la Ley de Telecomunicaciones de 1940, único régimen aplicable por tratarse de una actividad reservada al Estado, no así para la Habilidadación General, figura administrativa nueva introducida con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, lo que explica que la Administración (CONATEL), tanto a la Habilidadación General, como a las Concesiones Generales asociadas a ésta, les haya fijado igual plazo de duración.

Siendo esto así y habiendo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fijado como plazo de duración de la Habilidadación General N° **HGTS-05896** asociadas a las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, el plazo de diez (10) años, dicha Comisión no podía otorgar a las Concesiones Generales asociadas un plazo distinto a aquél otorgado para la Habilidadación General. Así se declara.

Afirman los apoderados judiciales de la recurrente que una vez que la Administración otorga una concesión a un particular para usar y explotar el espacio radioeléctrico por un plazo determinado, concluido este, debe renovarse por igual período. Aseveración, que en opinión de la Sala hace incurrir a la recurrente en un error de interpretación del derecho al considerar *prima facie* que la renovación acordada por CONATEL debía respetar el plazo otorgado conforme al Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, ignorando la circunstancia que en la renovación de la Habilidadación General y de las Concesiones Generales asociadas a ésta, el plazo fijado bajo el amparo del citado Decreto N° 1.577 Reglamentario, no tenía ni tiene carácter vinculante para la Administración (CONATEL), por cuanto dicho Reglamento -como se ha dicho anteriormente- había perdido eficacia jurídica en el caso de la recurrente al operarse la transformación del título y ésta dejar de estar amparada por una norma intertemporal, como es la Disposición Transitoria contenida en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y pasar a ser sujeto de los derechos y obligaciones establecidos en el régimen general de las telecomunicaciones, regulado por la tantas veces mencionada Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000.

De allí que, la Sala deba concluir que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) no infringió el artículo 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones Sobre Habilidadaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, al fijarle a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), como plazo de vigencia de las Concesiones Generales N° **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372 y CTGS-05552**, el plazo de diez (10) años, el cual no excede el límite máximo fijado en la Ley y en el Reglamento denunciado como violado en su artículo 30, por lo tanto, se desestima el presente alegato. Así se declara.

4.- *Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en el artículo 9 de la Providencia Administrativa N° 843 del 13 de julio de 2006, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la que estableció las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.520 del 12 de septiembre de 2006*

Señala la recurrente que el acto administrativo recurrido infringió lo dispuesto en el artículo 9 de la Providencia Administrativa N° 843 del 13 de julio de 2006, que establece lo siguiente:

“Artículo 9. Las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta podrán ser otorgadas por periodos de hasta veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales periodos siempre que su titular haya dado cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos, las presentes Condiciones Generales, demás normas aplicables y los títulos correspondientes.

A tales efectos, la solicitud de renovación deberá ser realizada con al menos noventa (90) días continuos de antelación a la fecha del vencimiento de la Habilitación de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta, so pena de requerirse la iniciación de un nuevo procedimiento para la obtención de una nueva habilitación administrativa, en virtud de la expiración del tiempo de duración del título. El órgano competente deberá decidir lo conducente dentro de los noventa (90) días continuos siguientes a la presentación de la solicitud”. (Resaltado de esta Sala).

Esta Sala advierte que el dispositivo transcrito y denunciado como infringido consagra en idénticos términos lo establecido en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y 5 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, en lo relativo a la duración máxima de las habilitaciones administrativas, es decir, veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales periodos siempre que su titular haya dado cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas en la Providencia Administrativa denunciada como violada y en las demás normas aplicables y los títulos correspondientes; por lo que la Sala reitera y da por reproducidos en este punto todo lo anteriormente expuesto en relación a la potestad discrecional de la Administración para fijar el plazo de duración de las habilitaciones administrativas, sin exceder el máximo establecido en la ley, así como se insiste en que con la transformación del título de la cual es beneficiaria la recurrente conforme a lo establecido en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, cesó para la recurrente la eficacia jurídica del invocado por ella Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 2007; por tanto y congruente con todo lo antes expuesto, la Sala desestima el presente alegato. Así se declara.

5.- *Del alegato relativo a la transgresión del artículo 4 del Código Civil*

Aducen los apoderados judiciales de la recurrente que al dictar el acto administrativo impugnado la Comisión Nacional de Telecomunicaciones quebrantó lo establecido en el artículo 4 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 4.- 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.

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”.

Establece la norma transcrita que a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí (interpretación gramatical), tomando en cuenta la intención del legislador (la *ratio legis* o interpretación teleológica).

Visto el carácter general de la denuncia formulada por la recurrente, la Sala conocerá de la misma con ese mismo carácter, entendiendo que el supuesto quebrantamiento del transcrito artículo 4 del Código Civil es respecto, a la interpretación a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, efectuada en el acto recurrido.

Precisado los términos de la denuncia formulada por la recurrente, la Sala observa en relación al significado de las palabras empleadas por el legislador (interpretación gramatical), que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es claro al establecer que esta ley tiene por objeto fijar el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes.

De manera pues que el objeto de la ley es establecer el marco legal de regulación de las telecomunicaciones, marco legal que significó una regulación integral de la materia, tal como ha quedado expuesto en el cuerpo de la presente decisión; siendo los objetivos generales de la misma (Artículo 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000) -entre otros- la procura de condiciones de competencia entre los operadores de servicios (numeral 3); hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones, tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último (numeral 7); e incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa en materia de telecomunicaciones (numeral 2).

De allí que, a juicio de la Sala, es clara la interpretación gramatical que puede hacerse respecto al objeto de la ley, así como de sus objetivos generales, procedimientos administrativos establecidos en la misma para el otorgamiento de las llamadas habilitaciones administrativas y concesiones y demás regulaciones, en las cuales la Sala no se detendrá por no ser objeto del presente recurso, siendo suficiente a los fines que interesan a la decisión dejar sentado que en cuanto a la interpretación gramatical de la ley de manera general, la Sala no encuentra quebrantamiento del artículo 4 del Código Civil denunciado por la recurrente. Así se establece.

Establecido lo anterior, debe la Sala precisar la intención del legislador (*ratio legis* o interpretación teleológica), a cuyos fines preciso es retomar lo expuesto en el punto 1 de la presente decisión, en el sentido de reiterar la afirmación de la Sala y de buena parte de la doctrina nacional especializada, de que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 se introducen cambios fundamentales en materia de telecomunicaciones en la República Bolivariana de Venezuela, al pasar de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general (Artículo 5 *eiusdem*), al introducir el mecanismo autorizador de la habilitación administrativa (Artículo 16 de ese texto normativo) y limitar el régimen de concesión, al reconocerle derechos y obligaciones a los usuarios y operadores del servicio y al crear un órgano rector y un órgano de control -entre otros cambios en la regulación-, cambios con vista a los cuales es preciso concluir que la intención del legislador -sin lugar a dudas- fue la de introducir una nueva regulación integral de la materia, estableciendo el mismo legislador como prueba de esa intención un régimen transitorio (Artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000), cuyo

objetivo es permitir la transformación o adecuación de las concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior a la nueva regulación integral de la materia, respetando así todos los derechos y obligaciones adquiridos por los beneficiarios de esas concesiones y permisos al amparo de la legislación derogada.

En el caso bajo examen, a la recurrente se le reconoció el derecho a la transformación o adecuación de los títulos de los cuales era beneficiaria al amparo de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del Decreto Reglamentario 1.577 de 27 de mayo de 1987, mediante la transformación de los mismos en Habilitación General y Concesiones Generales asociadas a esta, el cual ejerció tal como consta en las actas que corren insertas en el expediente y suficientemente reflejado a lo largo de todas las consideraciones contenidas en la presente sentencia.

Siendo esto así, la Sala encuentra que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones interpretó y ejerció conforme a derecho la potestad discrecional que le otorga el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, por tanto, debe declarar improcedente la denuncia formulada por la recurrente de transgresión del artículo 4 del Código Civil. Así se declara.

6.- De la denuncia relativa a la infracción de los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2001, aplicable ratione temporis

En el escrito recursivo los apoderados judiciales de la recurrente alegaron que la renovación de las concesiones y de la habilitación administrativa de su mandante por el lapso de diez (10) años, vulneró lo dispuesto en los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que disponen lo siguiente:

“Artículo 4. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático de los particulares”.

“Artículo 26 Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente, será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes”.

Los artículos antes citados recogen el principio de legalidad establecido constitucionalmente en el artículo 137 del Texto Fundamental, cuando señala que: *“La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*, en relación al cual la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha considerado que comporta un doble significado: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley y el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad. (*Vid.*, Sentencia de esta Sala N° 01275 del 23 de septiembre de 2009).

Asimismo, se ha precisado en anteriores oportunidades que el principio de legalidad implica que la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, cuestión que constituye una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que

impone la subordinación del poder de obrar de la Administración a la Constitución y las leyes; tal asunto ha sido calificado por la doctrina como “*una norma sobre normación*”, que supone el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto o actos emanados de la Administración. (*Vid.*, Sentencias de esta Sala N° 00943 del 6 de agosto de 2008 y N° 954 del 6 de octubre de 2010).

Hechas las precisiones anteriores, se advierte que el alegato de vulneración al principio de legalidad aducido por la empresa recurrente, se fundamenta en la supuesta infracción por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, 21 y 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico (RHAC) y 9 de la Providencia Administrativa N° 843 que establece las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales (PCGHA), en concordancia con el artículo 4 del Código Civil, infracciones todas analizadas y desechadas por la Sala con fundamento en cada uno de los razonamientos correspondientes a tales denuncias.

Desechadas las denuncias formuladas por la recurrente, visto que tal, como se determinó previamente, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones actuó ajustada a derecho al dictar la Providencia Administrativa N° PADS-GST-00073, de fecha 12 de julio de 2007, mediante la cual se le renovó a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), la Habilitación General N° HGTS-05896 y las Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552, por un plazo de diez (10) años, contados a partir del 27 de mayo de 2007, resulta forzoso para esta Sala concluir que no se vulneró el principio de legalidad denunciado. Así se declara.

Desestimadas como han sido cada una de las denuncias formuladas por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), esta Sala declara sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad parcial interpuesto. Así se declara.

2. *El Poder Judicial*

A. *Administración de Justicia: Lapsos procesales*

TSJ-SPA (1761)

15-12-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Directores del Banco Federal, C.A. vs. Decisión Corte Segunda de lo Contencioso Administrativa)

La Sala Político Administrativa reabrió el lapso para la fundamentación de la apelación y promoción de pruebas documentales debido a que éste transcurrió sin que los recurrentes tuviesen conocimiento –debido a actuaciones “irregulares” en las que habría incurrido la Corte - de que el expediente hubiere sido remitido a la Sala a los fines de la sustanciación del procedimiento de segunda instancia.

Tal como se precisó en la parte narrativa de la presente decisión, con ocasión del recurso de apelación ejercido ante esta Sala por el abogado Jorge Kiriakidis Longhi, actuando con el carácter de apoderado judicial especial de la ciudadana **GILDA E. PABÓN GUDIÑO** y de los ciudadanos **NELSON J. MEZERHANE G.**, **ANÍBAL J. LATUFF**, **ROGELIO**

TRUJILLO GARCÍA, MASHUD A. MEZERHANE B. y ENRIQUE URDANETA ALAMO, en su condición de ex-directores de la sociedad mercantil **Banco Federal, C.A.**, esta Sala fijó por auto del 5 de octubre de 2010, “...un lapso de diez (10) días de despacho para fundamentar la apelación...”.

No obstante, realizado el cómputo correspondiente por Secretaría se dejó constancia en fecha 2 de noviembre de 2010, que dicho plazo transcurrió íntegramente sin que la parte recurrente hubiese presentado el señalado escrito de fundamentación, razón por la cual se ordenó remitir el expediente a esta Sala a los fines previstos en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sin embargo, la representación judicial de los accionantes adujo, primero a través de una acción de amparo sobrevenido y luego por vía de una solicitud de reapertura, que el lapso para fundamentar la apelación habría vencido debido a causas no imputables a sus mandantes.

Específicamente describió que ello obedeció a una serie de actuaciones de la Secretaría de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, las cuales hicieron pensar que “...el expediente en el que se había apelado oportunamente permanecía en la Corte Contenciosa, cuando en realidad el mismo ya había sido enviado a la Sala Político Administrativa...” (Sic).

En respaldo de sus respectivas afirmaciones de hecho consignó, entre otros documentos, dos comprobantes de recepción de diligencias emanados de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de los cuales se evidencia que el apoderado judicial de los recurrentes en fechas 5 y 28 de octubre de 2010, solicitó la remisión del expediente a esta Sala, en virtud del recurso de apelación planteado por sus mandantes contra la sentencia del referido Órgano Jurisdiccional de fecha 9 de agosto de 2010.

Ahora bien, llama la atención que tales diligencias fueron recibidas por el Tribunal *A quo*, aun cuando el expediente había sido remitido a esta Sala por Oficio N° 2010-005017 del 17 de septiembre de 2010, el cual fue recibido por esta instancia el 30 de ese mismo mes y año, esto es, aproximadamente cinco (5) días antes de que el apelante solicitara su remisión a esta Alzada.

Por lo tanto, la recepción de dichas diligencias (5-10-10 y 28-10-10), con posterioridad a que el expediente ya había sido enviado a esta Sala, hace presumir que el apoderado judicial de los accionantes desconocía que éste se encontraba en esta Alzada e igualmente demuestra que los correspondientes funcionarios receptores de documentos no le informaron dicha circunstancia al apelante.

Corrobora lo expuesto el hecho de que corre inserta a los folios 464 al 529 del expediente, copia certificada del libro diario llevado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, relacionado con el registro de actuaciones de fechas 17 y 30 de septiembre de 2010, así como del 5 y 28 de octubre de ese mismo año, de cuya lectura no se refleja que el mencionado Órgano Judicial haya dejado constancia, primero, de la emisión del Oficio por el cual se remitió el expediente a esta Sala y, segundo, de su efectivo envío.

Asimismo, se observa que tampoco se encuentran reflejadas en tales cuentas las diligencias de fechas 5 y 28 de octubre de 2010, suscritas por el recurrente y cuyos comprobantes de recepción fueron promovidos como pruebas documentales ante esta Alzada.

De igual forma se advierte, que la circunstancia de que paralelamente al recurso de apelación se estaba tramitando una incidencia de recusación de todos los jueces de la Corte Se-

gunda de lo Contencioso Administrativo, supuso que el acceso al expediente se viera, al menos limitado, debido al lapso perentorio del que disponen los jueces para rendir el informe en estos casos.

De manera que todos los elementos descritos conducen a esta Sala a declarar procedente la solicitud de reapertura planteada por el apoderado judicial de los apelantes con fundamento en lo establecido en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, se repone la causa al estado en que se fije nuevamente el lapso a que alude el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante auto expreso dictado después de que conste en autos las notificaciones correspondientes. Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones parafiscales*

TSJ-SC (1771)

28-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

La Sala Constitucional interpreta la normativa que define al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, de acuerdo a los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y de interpretación más favorable al trabajador, y considera que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario.

De acuerdo a la sentencia cuya revisión de solicita, así como de la jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, el tema a decidir radica en definir si los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentran regidos o no por las normas del sistema tributario y, por tanto, al instituto de la prescripción establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, se tiene que el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentra consagrado actualmente en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, teniendo su origen en la figura del Ahorro Habitacional Obligatorio establecido en la derogada Ley de Política Habitacional (*Gaceta Oficial* N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993), siendo que la norma vigente señala que el mismo “*estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos*”.

En referencia a dichos aportes, la Sala Político Administrativa, en la sentencia número 1202, de 25 de diciembre de 2010, la cual es objeto de la presente solicitud de revisión, señaló que:

“De esta forma, juzga la Sala que si bien resulta cierto que el presente caso se inició con motivo de la fiscalización practicada por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que dio como resultado la determinación de las obligaciones de la empresa por concepto de “diferencias en aportes a depositar” y “rendimientos a depositar” al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), la cual debió tramitarse, en principio, bajo el procedimiento descrito en los artículos 177 y siguientes del Código Orgánico Tributario vigente (por poseer los aportes al FAOV naturaleza tributaria, como se ha declarado en causas similares), por ser éste el instrumento normativo general de la materia tributaria y frente a la ausencia de una regulación específica prevista en la normativa que establece la contribución parafiscal en referencia (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat), tal circunstancia no puede llevar a considerar que en dicho supuesto se materializó una ausencia de procedimiento capaz de viciar de nulidad el acta y el oficio impugnados”. Resaltado de esta Sala.

La referencia a “*causas similares*” obedece a un criterio reiterado de dicha Sala Político Administrativa respecto a los aportes hechos a dicho Fondo de forma conjunta por trabajadores y empleadores, expresado en la sentencia número 1928 del 27 de julio de 2006 en los siguientes términos:

(omissis)

En este mismo sentido, en sentencia publicada el 18 de septiembre de 2008 bajo el número 1007, la Sala Político Administrativa señala lo siguiente:

“Así, de la normativa transcrita [artículos 172 y 173 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (Gaceta Oficial N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Política Habitacional (Gaceta Oficial N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993)], se advierte que la obligación legal establecida en cabeza de patronos y empleados de contribuir con el sistema habitacional obligatorio mediante el aporte de una exacción patrimonial, que por su tipificación encuadra dentro de la clasificación legal de los tributos, vale decir, como una ‘contribución’ debida por el particular a un determinado ente por la percepción de un beneficio o aumento de valor de sus bienes derivado de la realización de obras públicas o la prestación de servicios o proyectos públicos, y que en el caso en particular, al igual que sucede por ejemplo con la contribución debida al Instituto de Cooperación Educativa (INCE), resulta de tipo parafiscal, habida cuenta de su afectación a una cuenta patrimonial distinta a la de un órgano que puede considerarse como ‘fiscal’, que para el supuesto de autos resulta ser el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)”.

En resumidas cuentas, la Sala Político Administrativa ha venido sosteniendo que el aporte exigido con carácter obligatorio al empleador y a las trabajadoras y trabajadores en aplicación del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, consiste en un importe de dinero, impuesto por una Ley, de carácter obligatorio y exigido por un ente público, cuya finalidad es que dicho ente cumpla con su objeto, definiéndolo como una contribución de carácter parafiscal cuyo régimen aplicable es el del Código Orgánico Tributario, elemento que ha llevado a determinar la prescripción del derecho a verificar, fiscalizar y determinar la obligación de realizar dichos aportes, actualmente por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 y 56 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, tenemos que de forma general, el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.891, específicamente en su artículo 104, señala:

“(…) El Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat será financiado con los aportes fiscales, los remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, los aportes para fiscales y las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio para garantizar el acceso a una vivienda a las personas de escasos recursos y a quienes tengan capacidad de amortizar créditos con o sin garantía hipotecaria (…)”.

Como se evidencia de la norma transcrita, dicho financiamiento tendrá como fuentes: 1) aportes fiscales, 2) remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, 3) aportes parafiscales y 4) las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio.

A su vez, en la propia exposición de motivos de dicho Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.891, se señala que:

(omissis)

“(…) En cuanto a la para fiscalidad debemos indicar, que la misma constituye un concepto abstracto que deriva de la expresión griega “para”, que da idea de algo paralelo, al lado o al margen de la actividad estatal, se trata de tributos establecidos a favor de entes públicos o semipúblicos, económicos o sociales, para asegurar su financiación autónoma, teniendo como manifestación más importante, los destinados a la seguridad social. No obstante, el ahorro habitacional se aleja de esta definición, por cuanto, su finalidad principal no es la de financiar algún ente público o semipúblico, económico o social; su finalidad como se ha expresado supra, es eminentemente social y económico con finalidades especiales, donde el Estado interviene creando los mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna.

Someter el ahorro habitacional dentro de los supuestos de la para fiscalidad y por ende al régimen tributario común, representaría la desnaturalización de este aporte, por cuanto, se le estaría atribuyendo características disímiles a una masa de dinero distribuidas en cuentas individuales y que son propiedad exclusiva de cada uno de los aportantes, que si bien, corresponde a una disposición reglada, el ahorrista puede destinar sus aportes en la forma y las condiciones que la Ley establezca, se aleja tanto el ahorro habitacional de la concepción tributaria, que sus titulares tiene la potestad de cederlos, transmitirlos a sus herederos, y siempre salvo manifestación en contrario, los haberes regresarán en dinero en efectivo, líquido y libre de gravamen alguno, aun cuando a través de este ahorro, el titular haya adquirido una vivienda digna.

En tal sentido, se concibe las cotizaciones del régimen prestacional de vivienda y hábitat como un ahorro, sometido a la Ley especial que regula la materia y demás normativa aplicable (…)”.

El planteamiento hecho en la mencionada exposición de motivos tiene su fundamento en ciertos elementos técnicos que buscan diferenciar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda del sistema tributario, al señalar que el ahorro habitacional se aleja de la definición clásica de parafiscalidad.

Ahora bien, el mencionado régimen de aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, se encuentra establecido en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, el cual señala:

“Artículo 28. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos. Los recursos de este Fondo serán otorgados para los siguientes fines:

1. Ejecución y financiamiento de planes, programas, proyectos, obras y acciones requeridas para la vivienda y hábitat. 2. Financiamiento para la adquisición, construcción, sustitución, restitución, mejora para la reparación o remodelación, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con la vivienda principal y el hábitat. 3. Cubrir costos de los servicios provistos a este Fondo por los operadores financieros y el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, de conformidad a los criterios y límites que apruebe el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

A su vez, dicha norma señala que los recursos de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda están comprendidos por:

“Artículo 29. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por: 1. El ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronos. 2. La recuperación de capital y/o intereses atribuibles a los contratos de financiamiento otorgados con los recursos de este Fondo, así como sus garantías. 3. Los ingresos generados por la inversión financiera de los recursos de este Fondos. 4. Los ingresos generados de la titularización de los contratos de financiamiento otorgados por el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y/o el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores y las patronas o los patronos. 5. Los recursos provenientes del financiamiento de órganos o entes públicos o privados, nacionales o internacionales destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 6. Los recursos generados por la imposición de sanciones y cualesquiera otros aportes destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley”.

Es importante destacar que artículo 30 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, señala que el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este Fondo. Señala a su vez dicha norma en su artículo 31 que *“la empleadora o el empleador deberá retener el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador, efectuar su correspondiente aporte y depositarlos en la cuenta de cada uno de ellos, en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes”.*

Y, por último, el ya mencionado Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, en su artículo 32, señala la disponibilidad que tiene cada trabajador sobre dichos aportes ahorrados en los siguientes términos:

“Artículo 32. Se podrá disponer de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda sólo en los siguientes casos: 1. Para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con el objeto el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 2. Por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad, salvo que manifieste su voluntad de continuar cotizando al Fondo de Ahorro Voluntario para la Vivienda o mantenga un saldo deudor respecto a un contrato de financiamiento otorgado con recursos de los Fondos a que se refiere el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 3. Por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario. Los haberes de cada trabajadora o trabajador aportante en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda podrán ser objeto de cesión total o parcial en los términos y condiciones que establezca el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

Advierte esta Sala que las características esenciales de dicho Fondo de Ahorro han sido una constante desde la publicación en *Gaceta Oficial Extraordinaria* 4.659 de 15 de diciembre de 1993 del Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional, siendo establecido en su *TITULO II: Del Financiamiento del Programa de Vivienda*, y específicamente en su *CAPITULO III: Del Ahorro Habitacional*, el Ahorro Habitacional obligatorio constituido por los aportes mensualmente efectuados por los empleados y obreros y los empleadores o patronos, tanto del Sector Público como del Sector Privado, en términos análogos a los que establece el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008.

(omissis)

Ahora bien, analizadas las características que definen a dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala considera que en el presente caso se encuentra bajo análisis una política pública diseñada por el Ejecutivo Nacional en la que se encuentran interrelacionados, básicamente, tres derechos humanos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo son el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

En cuanto a la seguridad social, el mismo es un sistema que permite a la sociedad enfrentar los embates del desempleo y de las crisis económicas, con el fin de asistir a todas las personas sean trabajadoras o no, e independientemente de que tengan capacidad de realizar aportes, todo ello en el marco de la consecución de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La concepción de la seguridad social es un anhelo de tanta importancia que ya nuestro Libertador Simón Bolívar hizo referencia a ello en su histórico discurso de 1819 ante el Congreso de Angostura al mencionar que: “*El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política*”. Resaltado de esta Sala.

A su vez, el derecho a la seguridad social en nuestra Constitución es producto de una evolución normativa que tiene como su principal precedente la Ley del Trabajo de 1936, y la Ley del Seguro Social Obligatorio de 1940; y en el ámbito constitucional el artículo 52 de la Constitución del año 1947, señalaba que:

“Los habitantes de la República tienen derecho a vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlo y contra la necesidad que de ellos se derive.

El Estado establecerá en forma progresiva un sistema amplio y eficiente de seguridad social y fomentará la construcción de viviendas baratas, destinadas a las clases económicas más débiles”.

Podemos ver como la norma antes señalada ya obedecía a una concepción social de la seguridad social, teniendo como sujetos de máxima protección a los grupos sociales empobrecidos o cuya posibilidad de acceso a la salud y a la vivienda como elementos principales de la seguridad social representase una mayor dificultad.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución del año 1961, señalaba que:

“Artículo 94. En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunio del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”.

Dicha norma, dictada en la misma línea del artículo 52 de la Constitución del año 1947, destaca la concepción de la seguridad social como un sistema y su carácter progresivo.

La importancia del sistema de seguridad social se ve a su vez reflejado en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala que: *“Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y a l libre desarrollo de su personalidad”.*

Actualmente, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominado de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, y específicamente en su Capítulo V, referente a los derechos sociales y de la familia. Así, tenemos que la seguridad social se consagra como un derecho humano en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

Como característica esencial de dicho derecho tenemos que el mismo está consagrado como un servicio público de carácter no lucrativo, atendiendo dentro de su sistema *“contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social”.* Lo antes enunciado denota el carácter amplio de la consagración de dicho derecho, así como el carácter abierto de las materias enunciadas, ya que permite identificar cualquier otra reivindicación social no mencionada expresamente.

A su vez, tenemos que dicho derecho a la seguridad social está establecido bajo criterios de universalidad, ya que no se limita a criterios de nacionalidad; y en términos de corresponsabilidad, ya que en él coadyuvan el Estado, las empleadoras y los empleadores, las trabajadoras y los trabajadores y las personas que participan del sistema de previsión, aún cuando el mismo hace beneficiaria a cualquier persona, independientemente de la capacidad que esta

tenga para contribuir o no a dicho sistema. En este sentido, dicho artículo señala que el Estado tiene la obligación de conformar un sistema de seguridad social mediante el financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas, el cual estará regulado por una ley orgánica especial.

En el cumplimiento de ese mandato constitucional, el Estado crea un sistema de seguridad social que tiene como parte del mismo al sistema prestacional de vivienda y hábitat, para lo cual se diseñan distintos mecanismos a los efectos de la consecución del derecho a la vivienda, siendo uno de ellos el del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, por lo que, como señalamos anteriormente, se establece un vínculo entre ese derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda.

En nuestra Constitución, el derecho a la vivienda está consagrado en el artículo 82, el cual establece:

“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

A su vez, en el ámbito internacional, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, debidamente suscrito y Ratificado por la República, impone a los Estados Partes la obligación general de adoptar medidas adecuadas, de carácter positivo, en particular, la adopción de medidas legislativas dirigidas a garantizar a todas las personas el derecho humano de una vivienda adecuada.

Su definición es desarrollada en 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC), estableciendo la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, los gastos soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural, como aspectos indisolubles a este derecho.

Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. Véase Sentencias N° 85 del 24 de enero de 2002, en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92 de 2002 pp.91 y ss. y en sentencia 835 de 18 de junio de 2009, Caso: *Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores Anauco* en *Revista de Derecho Público* N° 835 de 2009, p. 183.

Recientemente, esta Sala puntualizó en

“Así las cosas, corresponde afirmar que el derecho a una vivienda adecuada –o digna– no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas.

La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social, “un enorme esfuerzo (...) –por parte del Estado a través de sus órganos y entes, entendiéndose incluido al Poder Judicial– en función de la complejidad social y económica de la solución de problemas habitacionales (...)” (Exposición de Motivos

del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas), que garantice plenamente a toda persona el acceso a la misma, sin que sea posible excluir a ningún segmento de la población”.

De acuerdo a las normas antes transcritas y de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Puede evidenciarse entonces como el derecho a la vivienda forma parte, conjuntamente con el derecho a la seguridad social, de ese sistema o conjunto de sistemas que la Constitución ordena al Estado crear, y para lo cual debe diseñar e implementar un conjunto de mecanismos que coadyuven a su desarrollo, como lo sería en este caso el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Ahora bien, habiendo señalado que el sistema de seguridad social tiene un carácter universal, y que por ello se crean, como ya mencionamos, un conjunto de políticas públicas a los efectos de lograr su cometido; el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda tiene como sujeto beneficiario del mismo a las trabajadoras y trabajadores en relación de dependencia, por lo que aunado a los derechos antes mencionados se encuentra el derecho al trabajo.

La Constitución de 1999 le da una gran importancia al derecho al trabajo, dedicando de forma específica alrededor de una docena de artículos, los cuales buscan definir desde distintos ámbitos, individual y colectivo, las características y los fundamentos esenciales de ese hecho social que se constituye en un deber y un derecho para todos los ciudadanos en condiciones de coadyuvar en términos de corresponsabilidad, solidaridad e igualdad, entre otros principios, al desarrollo de los fines esenciales del Estado y con ello de la nación, no pasando inadvertido para nuestro constituyente la importancia del hecho social trabajo al señalar en sus principios fundamentales la Constitución que *“la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”*. Es por ello que el derecho al trabajo, conjuntamente con la educación, está ligado a todos los aspectos del desarrollo de ésta y de cualquier sociedad, tanto desde el punto de vista productivo, como de su relación con los distintos elementos que concurren para lograr mayor suma de felicidad en la población como lo son la salud, la vivienda, el desarrollo familiar, entre otros.

Esta valoración de orden social de los derechos fundamentales guarda una estrecha vinculación con el derecho al trabajo, el cual debe considerarse de total relevancia debido a sus connotaciones socioeconómicas, pues, el mismo ha sido de especial consideración en los instrumentos jurídicos constitucionales. Su origen como tal data de principios del siglo pasado y su evolución, a partir de ese momento, ha sido rápido, dividiéndose, según el entender de la doctrina, en tres etapas de evolución histórica, las cuales se entretajan, sobreponiéndose en el mismo curso del tiempo. En una primera fase, la legislación social se presentó, fundamentalmente, como excepción respecto del derecho privado común; la segunda fase implicó la incorporación del derecho del trabajo en el sistema de derecho privado; y en la tercera, se produce en la Constitucionalización del derecho al trabajo (*vid.* GHERA, Edoardo. *Diritto del Lavoro*, Ediciones Cacucci, Bari, 1985, p. 15). (ver sentencia N° 1185/2004 del 17 de junio de 2011).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela discriminó por primera vez y con rango de derecho humano los elementos que conforman el derecho al trabajo, como lo

son, la intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3); nulidad de actos inconstitucionales (artículo 89, numeral 4); prohibición de la discriminación (artículo 89, numeral 5); prohibición del trabajo para los adolescentes (artículo 89, numeral 6); jornada de trabajo y derecho al descanso (artículo 90); derecho al salario y a las prestaciones sociales (artículos 91 y 92); derecho a la estabilidad laboral (artículo 93); derecho a la sindicalización (artículo 95); derecho a la negociación colectiva (artículo 96); y el derecho a la huelga (artículo 97).

Es evidente que nuestra máxima norma jurídica avanza en la tradición constitucional de consagrar el derecho al trabajo y con ello el derecho de los trabajadores, incorporando también a éste en el Título III de la Constitución, referente a los Derechos Humanos, específicamente en el Capítulo V: De los derechos sociales y de las familias, por lo que pasa a formar parte de aquellos derechos que se encuentran relacionados al atributo social del Estado democrático y social de derecho y de justicia que establece nuestra Constitución.

La intensión de esta Sala al hacer una breve relación sobre los derechos humanos involucrados en la solución del tema a decidir, no es otra que establecer una concordancia entre derechos con el objeto de realizar una interpretación sistemática de la Constitución a los efectos de dar cumplimiento al principio de supremacía de la Constitución, según el cual la Constitución es la norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Tal como lo plantea Rodolfo Luis Vigo, *“a los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativa, resulta imprescindible comprobar que el mismo no es una mero agregado caótico, sino una totalidad ordenada o sistémica. En el caso de la Constitución, esa necesidad se visualiza más claramente en tanto se la pueda atribuir a una voluntad históricamente individualizable que alienta la obtención de ciertos objetivos a través de un proyecto unitario”*. (Interpretación de la Constitución, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1993).

Por tanto, así como la Constitución ha mencionado la obligación del Estado de crear un sistema de seguridad social y con ello un sistema de prestacional en materia de vivienda y hábitat, la interpretación de la Constitución como un sistema en los términos antes planteados, amerita que los derechos sean interpretados de forma hermenéutica, haciendo uso a su vez de los propios parámetros de interpretación y del propio valor axiológico que subyace en la Norma Suprema.

Sobre este tema, esta Sala en sentencia número 1309 de 19 de julio de 2001, señaló que la interpretación debe comprometerse con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica, puntualizando que los estándares bajo los cuales se interpreta el ordenamiento jurídico, y con ello la Constitución, a los efectos de dirimir una controversia *“deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”*.

En este sentido, la Constitución, en el *Capítulo I: Disposiciones generales del Título III: De los derechos humanos y garantías y de los deberes*, señala que el Estado deberá garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos; criterios de interpretación que deben ser aplicados de manera concatenada con los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2) y la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), como ya fue señalado.

Resulta oportuno mencionar que ya esta Sala Constitucional en su sentencia 1185/2004 del 17 de junio, señaló con respecto a la interpretación que sobre los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2), que:

(omissis)

A la luz de estos criterios de interpretación, analizando las características fundamentales que definen el funcionamiento del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala observa que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no tienen como única finalidad la de financiar algún ente público, sino a su vez la de establecer mecanismos para que, a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna. Por lo que se encuentra una primera diferencia con la concepción de parafiscalidad, en donde los ingresos recaudados por esa vía suelen ser únicamente para el desarrollo del objeto del ente recaudador. Otro elemento importante a considerar por esta Sala, es el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada, si no que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema.

Aunado a ello, existe otro elemento de suma importancia, y es que los beneficiarios o afiliados, podrán disponer de sus ahorros en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios; por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad; por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario; planteando la norma que dichos recursos ahorrados podrán incluso ser objeto de cesión total o parcial. Por último, debe señalarse que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda han sido previstos como un ahorro, por lo que dicha directriz expresa del legislador no puede modificarse a futuro por operar el ya mencionado principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Debe señalar esta Sala Constitucional que la interpretación hecha de las normas que rigen los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda a la luz del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien en ella se hizo referencia la exposición de motivos del Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891, la misma se fundamentó en que el carácter de parafiscalidad dado por la Sala Político Administrativa a dichos aportes, había desconocido que la finalidad de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no era estrictamente la de financiar al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, sino a su vez la de establecer mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna; así como el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada (el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat), sino que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema, recursos de los que puede disponer ese beneficiario (cederlos, transmitirlos a sus herederos) bajo las condiciones establecidas en la norma; elementos estos que han sido constantes en cada una de las normas que han precedido al mencionado Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, en las que se había estipulado dicho Fondo, aún bajo denominaciones distintas.

Por tanto, en primer lugar debe destacar esta Sala que la interpretación hecha por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y bajo la cual se intentó adecuar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda al sistema tributario, específicamente encuadrando dichos aportes en la concepción de parafiscalidad: parte de una concepción que choca con principios fundamentales del Estado social que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que esta Sala Constitucional considera que debe revisar dicho criterio y establecer que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario. Así se declara.

A su vez, advierte esta Sala que el incumplimiento por parte de los patronos de la obligación de hacer la retención y el correspondiente aporte a cada uno de los trabajadores del Fondo de Ahorro Obligatorio, causa un gravamen de relevancia en el sistema de ahorro establecido por la ley, y con ello, que en definitiva es lo más importante, en el sistema de seguridad social cuya importancia es medular en un Estado democrático y social de derecho y de justicia.

La situación del incumplimiento podría presentar dos realidades, una de ellas, que el patrón haya retenido al trabajador el 1% de sus salarios, como se establece desde el Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.659 de 15 de diciembre de 1993, y que el patrono no lo haya aportado a la cuenta individual a que han hecho referencia las normas relacionadas con la materia; o, que no se haya hecho ni la retención ni el aporte correspondiente.

En ambos casos la afectación al sistema de seguridad social, al Estado social de derecho y de justicia y a los trabajadores, es de una gravedad medular, siendo que en el primero de los casos implicaría desconocer la propiedad de los trabajadores sobre los aportes al sistema habitacional, y podríamos estar bajo algún supuesto de hecho relacionado con el delito de apropiación indebida calificada previsto en el artículo 470 del Código Penal Venezolano, ya que cabría la duda de los destinos sufridos por esos recursos.

Puntualizando, esta Sala Constitucional considera que el incumplimiento con el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda afecta de forma directa el derecho de los trabajadores, de forma individual, en tanto y en cuanto disminuye su capacidad de ahorro y con ello la posibilidad de tener acceso a mejores créditos (ya que ello está relacionado al monto acumulado), así como de forma colectiva, ya que la falta del mencionado aporte disminuye la capacidad del ente encargado de su administración de proveer a esos beneficiarios un mayor número de espacios de vivienda y hábitat dignos.

Esta afectación tiene a su vez un gran impacto en el sistema de seguridad social ya que al ver mermado el desarrollo del sistema prestacional de vivienda y hábitat, ello implica un disminución en la calidad de vida de quienes conforman la sociedad, siendo ello así ya que como mencionamos anteriormente el sistema de seguridad social se configura bajo parámetros de universalidad.

Analizada la situación desde el punto de vista de quien tiene la obligación de retener y realizar aportes de forma corresponsable con las trabajadoras y trabajadores, entiéndase las patronas y patronos, surge la necesidad de delimitar la potestad de fiscalización por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, dado que, como ya se señaló, los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, vistas sus características fundamentales, no se adecuan a los tributos y por tanto no se rigen por el Código Orgánico Tributario.

En tal sentido, nuevamente enfrenta esta Sala la necesidad de hacer uso para su interpretación de los valores inmersos en el contenido axiológico de la Constitución, y en tal sentido hace uso de los parámetros que definen el estado social de derecho, como parte de la definición hecha por el Constituyente de nuestro modelo de Estado como democrático y social, de derecho y de justicia. Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia número 85, del 24 de enero de 2002, señaló que:

(omissis)

Cabe señalar que los derechos consagrados en la Constitución a las trabajadoras y trabajadores, y con ello el resto de los derechos sociales, no busca convertirse “(...) *en un medio para comprimir las ventajas del desarrollo económico en manos de agentes políticos e intermediarios sociales; sino, por el contrario, que el ejercicio de los derechos sociales sea un aprendizaje solidario para proteger a los sectores menos favorecidos, sean o no asalariados*”. (Carmen Zuleta de Merchán, *Derecho Constitucional y trabajo*, Colección Doctrina Judicial N° 21, Tribunal Supremo de Justicia 2007).

En este sentido, observa con preocupación esta Sala la imposibilidad que tiene tanto el trabajador de poder reclamar lo que se le descontó y no se enteró por este concepto, con lo que se le limita indirectamente el acceso a una vivienda digna, por cuanto producto de la distorsionada aplicación de la prescripción tributaria, se encuentra en estado de insolvencia con el Fondo, requisito este indispensable para la solicitud de financiamientos con recursos provenientes del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Es pertinente señalar que la prescripción es una figura que, aunque existiendo necesariamente en el ordenamiento jurídico, en realidad nunca debiera presentarse, ya que ello presupone, o bien la indolencia de quien debe cumplir con sus obligaciones de manera oportuna, o la indiferencia de las autoridades en hacer uso de sus facultades, lo cual evidenciaría una inadecuada administración; en todo caso, la prescripción no borra o desconoce la obligación, ni al derecho para pedir su cumplimiento, sino que crea una excepción a favor de aquel que tenía la obligación.

Por tanto, una interpretación conforme al principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); y del principio de interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), a la luz de la concepción del estado social de derecho y de justicia, en el que el interés superior es el del trabajador; no puede llevarnos a otra conclusión que a declarar la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda. Así se decide.

No pasa inadvertido para esta Sala que la interpretación hasta ahora hecha, podría hacerse para todo el sistema de recaudación fiscal, ya que con fundamento en el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley (artículo 133 de la Constitución), en ese ejercicio de solidaridad social que debe caracterizar este mecanismo, el Estado obtiene un conjunto de recursos que en definitiva deben ser gestionados en pro de la búsqueda de mayor felicidad y del buen vivir de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, quedará de parte del legislador establecer en qué casos las recaudaciones hechas en el marco del sistema de seguridad social tendrán o no el carácter de tributos a los efectos de que sea aplicable la normativa tributaria, ello con fundamento en el artículo 12 del Código Orgánico Tributario que señala que los tributos recaudados en el marco del sistema de seguridad social, se regirán por esta norma de carácter tributaria.

No quiere perder la oportunidad esta Sala para señalar a la luz de la presente situación, que la potestad fiscalizadora del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat es de vital importan-

cia para garantizar el cumplimiento de una obligación de hacer por parte de las empleadoras y empleadores para con sus trabajadores y trabajadoras en el marco del sistema de seguridad social. También es de suma importancia, como corresponsables en el desarrollo nacional, que las empleadoras y empleadores tanto del sector público como del sector privado cumplan con las obligaciones establecidas en la ley, ya que ello repercute en un bienestar social del que ellos mismos se verán beneficiados. En tal sentido, se exhorta a todas las partes que conforman el sistema de seguridad social a dar cumplimiento y a trabajar con mayores niveles de eficiencia y eficacia.

Dicho esto, con fundamento en lo antes expuesto, esta Sala Constitucional declara ha lugar la solicitud de revisión hecha de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010 en los términos antes señalados.

Como consecuencia de ello se anula la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010 y se ordena volver a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión.

Finalmente, sorprende a esta Sala Constitucional el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia respecto de los aportes hechos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), ya que el mismo fue hecho sin tomar en consideración los principios fundamentales y los criterios de interpretación propios de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

V. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Competencia

a. Juzgados Superiores Contencioso Administrativos

TSJ-SC (1197)

5-10-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Wilfredo Enrique Guerra Ávila vs. Instituto Municipal de la Salud y Apoyo Social del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui.

Las demandas incoadas por las funcionarias o los funcionarios públicos con motivo de las reclamaciones formuladas cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública, sea ésta nacional, estatal o municipal, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Pasa esta Sala a pronunciarse sobre la consulta del fallo dictado en fecha 28 de junio de 2011, mediante el cual el Tribunal Quinto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública, por considerar que el conocimiento del presente asunto corresponde a la Inspectoría del Trabajo respectiva, toda vez que el accionante se encontraba -presuntamente- amparado por la inamovilidad laboral especial decretada por el Ejecutivo Nacional.

En tal sentido, el Decreto Presidencial N° 7.914 del 16 de diciembre de 2010, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.575, de esa misma fecha, estableció en su artículo 4° los trabajadores que se encuentran exceptuados de la prórroga de inamovilidad laboral, indicando a tal efecto lo siguiente:

“Artículo 4°. Quedan exceptuados de la aplicación de la prórroga de la inamovilidad laboral especial prevista en este Decreto, los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, quienes tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, quienes desempeñen cargos de confianza, los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales; quienes devenguen para la fecha del presente decreto un salario básico mensual superior a tres (3) salarios mínimos mensuales y los funcionarios del sector público quienes conservarán la estabilidad prevista en la normativa legal que los rige...”. (Resaltado de la Sala).

Al respecto, la Sala observa que el ciudadano **WILFREDO ENRIQUE GUERRA ÁVILA**, -parte actora en el presente caso- en su escrito del 22 de junio de 2011, señaló *“anexo con letra distintiva A en copia simple Resolución de fecha 12 de marzo de 2009, en la cual se reclasifica el cargo ocupado hasta la fecha y se me asigna el cargo de Operador de soporte I”*.

(omissis)

Sobre la base de lo expuesto, infiere la Sala que el ciudadano **WILFREDO ENRIQUE GUERRA ÁVILA**, ostenta la condición de funcionario público, lo que conlleva a que se encuentre dentro del supuesto contemplado en el artículo 4° del citado Decreto Presidencial N° 7.914, que excluye de la aplicación del Decreto de inamovilidad a *“los funcionarios públicos”*.

En orden a lo anterior, esta Sala debe declarar que en este caso en concreto, el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer el presente asunto.

Ahora bien, en relación al Órgano Jurisdiccional que le correspondería el conocimiento de la causa, debe observarse lo dispuesto en el artículo 93 y en la disposición transitoria primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522, de fecha 6 de septiembre de 2002, que establecen lo siguiente:

“Artículo 93: Corresponderá a los Tribunales competentes en materia contencioso administrativa funcional, conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, en particular lo siguiente:

1- Las reclamaciones que formulen los funcionarios o funcionarias públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la administración pública”.

Disposición Transitoria Primera:

“Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia”.

Conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera, anteriormente transcrita, la competencia para conocer de las reclamaciones formuladas por las funcionarias y los funcionarios públicos contra la Administración Pública, corresponde en primera instancia a los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo.

Asimismo, cabe advertir que actualmente, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se distribuyen las competencias de los órganos que conforman la jurisdicción contencioso administrativa, a saber: (i) esta Sala Político-Administrativa (artículo 23); (ii) los Juzgados Nacionales (artículo 24); (iii) los Juzgados Superiores Estadales (artículo 25); y (iv) de los Juzgados de Municipio (artículo 26).

Con base en lo antes expuesto, debe establecer esta Sala que el conocimiento de las demandas incoadas por las funcionarias o los funcionarios públicos con motivo de las reclamaciones formuladas cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública, sea ésta nacional, estatal o municipal, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, en primera instancia a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo Regionales, en este caso específicamente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental y en segunda instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

B. *Juzgados Agrarios*

TSJ-SC (1881)

8-12-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez

La Sala Constitucional dicta sentencia con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano (invasión y perturbación a la posesión pacífica), en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado, y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse sobre el objeto de la presente solicitud, observando que, en el caso de autos, se denunció la supuesta conculcación del “orden público constitucional controvertido contenido en sus artículos 2, 26 y 49, que supone privar a un campesino de su libertad mediante la equívoca solicitud de juzgamiento proferida ilegalmente por el Ministerio Público de tramitarle un juicio con la aplicación de leyes penales. Lo que no se corresponde con su condición humana de agricultor”.

Así mismo, se denuncia que “ el conocimiento y sustanciación de la presente causa, le debió corresponder en todo momento al juez ordinario agrario, por cuanto las situaciones explanadas durante el proceso penal -lo cual originaron la presente solicitud de avocamiento- se encuentran tipificadas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el marco de las competencias de los juzgados agrarios de primera instancia, como un conflicto surgido entre particulares con ocasión a las actividades agrícolas, siendo que las funciones y competencias de la jurisdicción penal ordinaria se encuentran bien delimitadas en el Código Orgánico Procesal Penal”.

Ahora bien, se observa que los referidos ciudadanos, fueron condenados el 31 de marzo de 2011 por los delitos de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles

e incendio, a cumplir la pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, extensión Valle de La Pascua tras la aplicación del derecho penal a conductas referidas a conflictos agrarios, cuya resolución concierne al Juez agrario, según lo aduce el solicitante, por lo que se precisa evidenciar si tales conductas enmarcarían en la estructura de la tipicidad, entendida, en una de sus acepciones, como “*la característica de una conducta cuando se subordina o adecua a un tipo de delito*” (Cfr. JORGE FRÍAS CABALLERO, *Teoría del delito*; p. 103, Editorial Livrosca, Caracas 1996), en atención a los principios fundamentales que rigen el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa como pilares fundamentales de un proceso penal acusatorio de corte garantista.

La tipicidad constituye una garantía jurídico-política y social de la propia libertad y seguridad individual, en el entendido que la ley debe definir previamente y de manera precisa, el acto, hecho u omisión que constituye el delito. Entendiéndose que no es factible dejar al arbitrio de quien deba aplicar la ley como autoridad judicial, la calificación discrecional de aquellos que pudieren ser o no punibles y por ende ser objeto o no de castigo. Esto es lo que se conoce doctrinariamente como el *principio de legalidad*, que no es más que la prohibición que pesa sobre el juzgador de enjuiciar como ilícitos, aquellos comportamientos que no se adecúen al tipo legal, aun cuando los mismos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a las buenas costumbres o a la moral. De manera que, el principio de legalidad (*nullum crimen*) y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.

Así, en el primero se establece que, “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*”; y, en el segundo se señala que: “*Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...)*”.

Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, “*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.*” (ROXIN, *Claus. Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 137).

De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas.

Así las cosas observa la Sala que, en el caso *sub examine*, los ciudadanos Rafael Celestino Belisario y Martín Javier Jiménez, fueron acusados y condenados por la presunta comisión del delito de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio, previstos y sancionados en los artículos 471-a, 472 y 343, respectivamente del Código Penal.

Ahora bien, de la revisión de las actuaciones recibidas por esta Sala, provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Extensión Valle de La Pascua, se pudo evidenciar que el ciudadano Rafael Belisario, le fue otorgado por una Declaratoria de Garantía de Permanencia, por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), sobre un fundo denominado “San Jerónimo”, constituido por un lote de terreno constante de noventa y dos hectáreas con cinco mil doscientos treinta y tres metros cuadrados (92 has/5.233 m²), ubicado dentro de los siguientes linderos: Norte: Terreno ocupado por Benito Álvarez, Sur: Quebrada el Chiquero. Este: Terreno ocupado por Aníbal Alvares, Oeste: Carretera vía Tucupido El Socorro, Estado Guárico, según consta en documento autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Chacao del Estado Miranda, quedando anotado bajo el número 47, Tomo 65, de los libros de autenticaciones llevados por ante esa Notaría el 11 de marzo de 2008, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, es una garantía del régimen de uso de tierras con vocación agrícola otorgada a los grupos que en el texto del mismo se describen.

Así mismo, consta documento de compra venta sobre un fundo denominado “El Chiquero”, constituido por un lote de terreno de 60 has., registrado por ante la Oficina de Registro inmobiliario del Municipio José Félix Rivas del Estado Guárico bajo el número 36, folio 145, protocolo primero, tomo 1 correspondiente al tercer trimestre del año 1993, mediante el cual el ciudadano Rómulo Infante le vende a la ciudadana Carmen Susana Abreu, el inmueble en cuestión.

En el mismo orden de ideas, de las actas del juicio oral y público que cursan en el expediente contentivo de la causa penal, se desprende que el transcurso del contradictorio, se determinó, a través de los testimoniales y de los documentales, sobre los que se fundamentó el Juzgado en Funciones de Juicio para condenar a los antedichos ciudadanos, que entre el ciudadano Rafael Belisario y la ciudadana Carmen Susana existía una disputa con respecto a los fundos denominados “El Chiquero” y el fundo “San Jerónimo”, ambos colindantes entre sí, por el derecho de explotación agrícola y pecuario.

Ahora bien, en atención a los hechos expuestos, precisa la Sala analizar el contenido del los artículos 471-a y 472, ambos del Código Penal, que establecen los tipos penales referidos a la invasión y a la perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles, previstos, respectivamente, mediante los cuales fueron condenados los ciudadanos arriba mencionados:

Artículo 471-A. Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenas, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte. La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.

Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima.

Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

Artículo 472. Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturben la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, será castigado con prisión de un año a dos años, y resarcimiento del daño causado a la víctima de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.). Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

De la lectura de ambas disposiciones sustantivas, se desprende que tanto una figura como la otra -invasión y perturbación a la posesión pacífica- llevan implícita la probanza, del derecho que se pretende violentado –propiedad o posesión-. Así, es menester la existencia de un instrumento demostrativo del derecho que se alegue, y el cual se vea cercenado por la invasión o la perturbación. De lo que resulta evidente, que para la consumación de ambos delitos se requiere la incuestionable propiedad o posesión sobre el bien inmueble objeto del delito, por parte de quien resultare víctima en la causa penal, de lo que se deriva la cualidad de *ajeno* -perteneciente a otra persona- para el infractor, como elemento constitutivo del tipo.

Asimismo, resulta relevante destacar que, el tercer aparte de la primera de las disposiciones comentadas -artículo 471-a del Código Penal-, establece como agravante específica, que la invasión se lleve a cabo “sobre terrenos ubicados en zona rural”. Resultando obvio el aumento de las penas en estos casos, porque no sólo se atenta contra propiedad sino, que adicionalmente pudiera atentarse contra la seguridad agroalimentaria. Sin embargo, tal como se indicara *ut supra*, es requisito indispensable la probanza del derecho que se entiende amenazado, de lo que se deriva la irregularidad de la ocupación, ya que al encontrarse en discusión la legitimidad en la ocupación, se adolece de uno de los elementos del tipo penal.

En este orden de ideas, es evidente que ambos tipos –invasión y perturbación violenta a la posesión pacífica- se excluyen entre sí, pues, de la lectura de este segundo tipo penal contenido en el artículo 472 de la norma penal sustantiva, al indicar “*Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores*” se extrae que para la consumación del delito previsto en el mismo, se requiere que el hecho no se adecúe a los supuestos previstos en el artículo que lo precede. Ello es así porque en el primero se requiere la ocupación del inmueble, mientras que en el segundo supuesto, la perturbación no implica la ocupación del bien, razón por la cual, bajo estas consideraciones de índole legal, mal puede aplicarse a los mismos hechos ambos tipos penales.

De modo que, si surgen situaciones de donde emerge una disputa por el derecho legítimo que se procure sobre dichos bienes, entre quien se pretenda propietario o poseedor y quien se señale como ejecutor de los delitos previstos en los artículos comentados, mal podrá entenderse materializado el ilícito comprendido en cualquiera de los dos artículos, y por ende no será competente para resolver tal conflicto el juez penal, sino el de la jurisdicción que según la naturaleza del conflicto corresponda.

Ahora bien, de la lectura de los artículos que contienen los tipos penales mencionados – invasión y perturbación violenta de la posesión- se extrae que en ambos casos los verbos rectores –invasión y perturbación- se relacionan con bienes inmuebles, terrenos o bienhechurías en general, sin hacer distinción en cuanto al uso o destino que se le viniere dando a los mismos. De lo que se deviene que para que en primer caso se materialice el delito se requiere el ánimo delictivo de obtener un provecho injusto de esa ocupación ilegal, y en cuanto al segundo caso, esa posesión del inmueble debe entenderse “*pacífica*”, en su sentido estricto, es decir, que no medie conflicto o disputa en cuanto a la misma.

De manera que, adicionalmente a los elementos que componen los dos tipos penales bajo análisis, dos son los requisitos indispensable para entender que se está en presencia de alguno de los dos supuestos, por un lado el ánimo de obtener un **provecho injusto**, vale decir que no se posea ningún título que acredite derecho alguno sobre el bien objeto del delito, y en caso del segundo supuesto, que no exista disputa alguna sobre la titularidad del bien, de ser así, mal podría entenderse la posesión como **pacífica**.

Dicho esto, en el entendido que el caso en estudio, el solicitante alega, que en el mismo se juzgaron hechos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción agraria, pasa la Sala a verificar la competencia de esta Jurisdicción, a los fines de determinar sus asertos.

En este sentido, el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, establece que “*Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales*”.

Así mismo, en el mismo texto legal, se encuentra prevista la competencia de los juzgados de primera instancia agraria para conocer de las demandas entre particulares, con ocasión de la actividad agraria, en su artículo 197, que dispone:

(*omissis*)

Así las cosas, a través del artículo 305 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha elevado a rango constitucional el derecho a la seguridad agroalimentaria, en los siguientes términos:

(*omissis*)

La naturaleza de la actividad agraria fue objeto de estudio y análisis por esta Sala Constitucional mediante fallo N° 262/2005, en la cual se estableció que la actividad agraria constituye “*(...) una actividad sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos (vgr., la afectación de uso y redistribución de las tierras), sino mediante la creación de una jurisdicción (competencia) especial que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones (Cfr. Artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario)*”.

De ello resulta que, en efecto, la **jurisdicción especial agraria** es la llamada a amparar los principios constitucionales previstos en los artículos 2, 26, 49, 305 y 307 y que el legislador concentró en el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, como la consolida-

ción de los mismos dentro de un estado democrático, social de derecho y de justicia, en la búsqueda de la profundización de los valores constitucionales de desarrollo sustentable, inherentes a la seguridad agroalimentaria y a la justa disponibilidad suficiente de alimentos de calidad, distribución de la riqueza y planificación estratégica, democrática y participativa; así como la mejora de la calidad de vida de la población campesina, y el logro de un desarrollo armónico y viable en el contexto de la justicia social que toda actividad agraria persigue.

En tal sentido, la Sala no puede dejar de advertir que, en base a esa protección a la seguridad alimentaria, de la que emerge la protección constitucional a la producción agropecuaria interna, se observan diferencias sustanciales entre la posesión o propiedad civil, -que es la que persiguen proteger las normas penales sustantivas comentadas- y la posesión agraria en el marco de la protección constitucional y legal, puesto que la posesión agraria se conforma con el principio de preeminencia del desarrollo de la actividad social sobre la particular. Es decir, por encima de los derechos particulares, se sobreponen los derechos que emergen del uso del bien destinado a la producción de alimentos o rubros útiles para el consumo humano, que permitan satisfacer las necesidades agroalimentarias tanto de quien la produce o trabaja como de su entorno familiar o colectivo.

En consideración a las precedentes consideraciones, es forzoso concluir que la resolución de los conflictos surgidos entre particulares relacionada con la actividad agraria **corresponde resolverlas a la jurisdicción especial agraria, si de ellas se derivan las** instituciones propias del derecho agrario, y seguirse a través del instrumento legal que lo regula, por lo que, pretender encuadrar el supuesto de hecho correspondiente a conflictos entre campesinos, derivados de la actividad agroproductiva en los supuestos legales previstos en los tipos penales de invasión y perturbación violenta de la posesión, a los cuales les corresponde la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para dirimir este tipo de conflictos, de acuerdo al contenido de sus artículos 186 y 197, atenta contra la norma constitucional que recoge el principio del debido proceso, establecido en el artículo 49 del texto constitucional, lo que encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria.

En ese orden de ideas, se advierte que las Garantías de Permanencia establecidas en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, los Títulos de Adjudicación de Tierras, establecidos en el artículo 12 *eiusdem*, y las Cartas Agrarias previstas en el Decreto Ejecutivo N° 2.292 del 4 de febrero de 2003, otorgadas por el Instituto Nacional de Tierras a los grupos o ciudadanos que se señalan en cada uno de sus supuestos, deben entenderse como instrumentos legales derivados, legítimamente, del uso de la tierra con vocación para la producción agrícola.

Bajo estas consideraciones, no resultan aplicables a los casos en los cuales exista un conflicto entre particulares, originados por la producción agroproductiva, los tipos penales establecidos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, si **a través de la investigación iniciada por el Ministerio Público**, se evidencie una disputa en relación al derecho invocado sobre el inmueble objeto del proceso, bien sea mediante las figuras establecidas en el Código Civil Venezolano o mediante cualquiera de estos títulos, debidamente otorgados por el organismo facultado para ello -Instituto Nacional de Tierras- a alguna o ambas partes, pues, en tales casos compete al juez de primera instancia agraria, -quien debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria del Estado y el aseguramiento y biodiversidad ambiental- la resolución de las demandas entre particulares que se inicien con ocasión de la actividad agrícola. Y así se decide.

Así pues, cuando de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público por la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, se devenga la existencia de conflictos que guarden relación con la actividad agroproductiva, el Fiscal a cargo de quien se encuentre la investigación deberá remitir las actuaciones al juez con competencia en materia agraria; pudiendo, de la misma manera, el juez penal que esté conociendo la causa en fase de control o de juicio, declinar la competencia en el juez agrario, cuando advierta que los hechos objetos del proceso no revisten carácter penal, por tratarse de disputas producto de la actividad agraria, previa declaratoria del sobreseimiento de la causa por no revestir los hechos carácter penal, conforme lo establece el artículo 318, cardinal segundo del Código Orgánico Procesal Penal, o, en su defecto, cuando se presenten dudas al respecto de la titularidad o posesión del inmueble objeto de los hechos, se decretará la prejudicialidad de oficio, hasta tanto el juez con competencia en materia agraria defina tal circunstancia, con lo que se determinará la concurrencia o no de los elementos propios del tipo.

En sentido contrario opera lo mismo, vale decir, si luego de iniciarse el procedimiento ordinario agrario, el juez a quien compete el conocimiento de la causa, determinare, que los hechos no se encuentran enmarcados dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sino que los mismos pudieran configurar un ilícito penal, remitirá las actuaciones al Ministerio Público, para el inicio de la investigación a que hubiere lugar.

De manera que, en estos supuestos, debe el juez agrario, así como el Ministerio Público, verificar, cuidadosamente, si los hechos denunciados o demandados devienen de una actividad propia de la materia agraria, (verbigracia, el roza de los sembradíos o quema de los ramales), siempre y cuando de dicha actividad no resulten afectados otro tipo de bienes, cuyo ámbito de protección escape del conocimiento de la jurisdicción especial agraria, pudiendo resultar constitutivos de algún hecho ilícito, casos en los cuales debe verificarse cuidadosamente los elementos que componen los tipos penales comentados o algún otro distinto de aquéllos.

En consecuencia, bajo las consideraciones expuestas, **al verificarse que el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y de perturbación a la posesión pacífica, no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola, -en cuyo caso deben excluirse de los supuestos configurativos del tipo, pues en tal caso, los hechos objeto del proceso resultarían atípicos- y en consecuencia, se desprenda la falta de competencia material (*ratione materiae*) del juez penal, por lo que se entienden normas contrarias al deber de tipificación suficiente y a la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contentivo, a su vez, del principio de legalidad y del derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -49.6 y 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento jurídico, 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 los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado y competente**

para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, como consecuencia del avocamiento al conocimiento de la presente causa, conforme a lo previsto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional, pasa a pronunciarse sobre la resolución de lo planteado como sustento de la solicitud de avocamiento.

En ese orden de ideas, la Sala observa que, al ciudadano Rafael Celestino Belisario le fue otorgado, mediante un acto administrativo, emanado del Instituto Nacional de Tierras, una Garantía de Permanencia sobre el fundo “San Jerónimo”, el cual, presuntamente, colinda con el fundo “El Chiquero”, cuya posesión, en apariencia, detenta la ciudadana Carmen Susana Abreu, -quien figura como víctima en el proceso penal donde fueron condenados los referidos ciudadanos, por la comisión de los delitos de invasión, perturbación violenta a la posesión pacífica e incendio- por compra que le hiciera de la posesión y de las bienhechurías construidas en el denominado fundo “El Chiquero”, al ciudadano Rómulo Infante, mediante documento registrado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Ribas, Estado Guárico, que según aduce el ciudadano Rafael Celestino Belisario, se encuentran dentro de los linderos del fundo “San Jerónimo”, tal como se desprende de acta de entrevista que se le efectuó en el transcurso de la investigación por ante el Ministerio Público.

De manera que, siendo que la Garantía de Permanencia es un beneficio emanado, mediante un acto administrativo, del Instituto Nacional de Tierras, otorgado dentro del régimen del uso de tierras con vocación agrícola, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, bajo las consideraciones que han quedado expuestas en el presente fallo, debe entenderse que es un instrumento legal y justo, que otorga derechos sobre la tierra a quien la produce, con lo que se descartan los elementos del tipo penal establecido en el artículo 471-a, contenido del delito de invasión, referidos a la ajenidad y al ánimo de obtener un “*provecho injusto*” sobre el inmueble invadido.

Lo mismo cabe añadir respecto al delito de perturbación violenta a la posesión pacífica, cuyo principal elemento configurativo del tipo es la tenencia “*pacífica*” del inmueble, lo que implica que sobre el mismo no debe mediar disputa alguna que perturbe dicha posesión. Razón por la cual, en ambos casos -invasión o perturbación- es determinante la existencia de los instrumentos legales que demuestren la titularidad o posesión sobre el inmueble objeto del delito, por parte de quien detente alguna de estas cualidades –propietario o poseedor- y la inexistencia de conflicto alguno al respecto, que pongan en duda tal condición.

En consecuencia, evidenciándose en el caso que ocupa a la Sala que, el ciudadano Rafael Belisario le fue otorgado una Garantía de Permanencia sobre las mismas tierras o parte de éstas, que estaban siendo ocupadas por la ciudadana Carmen Susana Abreu, quien detenta un título de venta de la posesión y las bienhechurías construidas sobre las mismas, o sobre parte de las mismas -de lo que se desprende un posible conflicto de deslinde de predios rurales-, forzoso es concluir que de tales hechos emerge una disputa entre particulares producto de la actividad agraria, -cardinal 2 del artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- para lo cual se requería la intervención de la jurisdicción especial agraria, con el objeto de resolver dicho conflicto y no la de la jurisdicción penal ordinaria.

Con base a los anteriores argumentos, la Sala evidencia que los hechos por los cuales fueron juzgados y condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, no revisten carácter penal, en lo que respecta a los supuestos de invasión y perturbación violenta de la posesión pacífica, pues no se adecuan a los tipos penales establecidos en los artículos

471-a y 472 del Código Penal, debido a que no existen los elementos configurativos del tipo, vale decir: ajenidad y “*provecho injusto*”, ambos constitutivos del delito de invasión, ni, así tampoco, la posesión “*pacífica*” del inmueble objeto de controversia, pues es evidente el conflicto surgido de la actividad agraria que se desprende de las actuaciones. Y así se declara.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, y ante la evidente violación del debido proceso, contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere al principio de legalidad y al derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -artículos 49.6 y 49.4 del texto fundamental- y vista la imposibilidad de sanear el acto, esta Sala Constitucional, actuando de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal, decreta la **nulidad absoluta** de todas las actuaciones realizadas en la presente causa, en consecuencia, en relación a los delitos de invasión y de perturbación violenta a la posesión pacífica, por los cuales fueron condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, se decreta el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 318, cardinal segundo, del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto los hechos imputados y por los cuales fueron juzgados no son típicos; así mismo, en cuanto al delito de incendio, de conformidad con el artículo 196 *eiusdem*, se ordena la reposición de la causa a la etapa de investigación, a los fines de la prosecución de la investigación penal, por el delito de incendio, previsto en el artículo 343 del Código Penal, una vez resuelto por el tribunal agrario, al cual le compete el conocimiento de la presente causa, el conflicto por la tenencia de la tierra objeto del proceso, pues de allí se determinará si el incendio se produjo sobre un inmueble ajeno al predio ocupado por los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Y así se declara

Finalmente y en base a los anteriores pronunciamientos, se ordena la **inmediata libertad** de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Así mismo, se ordena librar boleta de excarcelación a favor de los referidos ciudadanos. Oficiese a la Zona de Coordinación Policial de Valle de la Pascua, Estado Guárico, a tales fines.

Por todas las razones precedentemente expuestas esta Sala Constitucional se avoca al conocimiento de la presente causa y, en consecuencia, declara con lugar la solicitud de avocamiento, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, declara con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia la aplicación del **procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario**, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, y en el resto de los supuestos ajenos a esta circunstancia especialísima –conflicto entre particulares con ocasión de la actividad agraria-, se aplicarán los tipos contenidos en las normas cuya desaplicación se declara para los casos indicados; siempre y cuando se encuentren se encuentren llenos los extremos legales consagrados en los mismos; decreta la nulidad absoluta de todas las actuaciones realizadas en la presente causa; repone la causa a la fase de investigación a los fines que se prosiga la investigación sobre el delito de incendio y ordena la inmediata libertad sin restricción de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez.

2. *El Contencioso Administrativo especial*A. *El Contencioso Administrativo Especial Agrario: Emplazamiento (Cartel)*

TSJ-SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras

La Sala Constitucional fija interpretación constitucionalizante respecto al artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, relacionado con la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los terceros interesados en darse por notificados mediante la expedición, publicación y consignación del cartel de emplazamiento, en los recursos contencioso agrarios.

En el presente caso, a los fines de determinar el procedimiento aplicable para el retiro y consignación del cartel de notificación de terceros que es lo que se cuestiona en el caso concreto, debe señalarse que deben respetarse las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. (Véase Sentencia Nº 956 de 1 -6-2001, caso: “*Fran Valero González*” en *Revista de Derecho Público* Nº 85-86/87-88 de 2001pp304 y ss) y 1.032 del 5 de mayo de 2003, caso: “*Poliflex, C.A.*”, 3.702 del 19 de diciembre de 2003, caso. “*Salvador de Jesús González Hernández*” y 401 del 19 de marzo de 2004, caso: “*Servicios La Puerta, S.A.*”.

En tal sentido, esta Sala advierte que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social estableció que “no existe vacío legal alguno que conlleve a la aplicación de una normativa distinta a la que regula el procedimiento contencioso administrativo agrario, tal como se estableció en decisión Nº 615 de fecha 4 de junio de 2004 (caso: *Ganadería San Marcos, S.A.* contra Instituto Agrario Nacional), en la que se determinó el procedimiento para retirar y consignar el cartel de notificación de los terceros interesados en un recurso contencioso administrativo especial agrario; dejando sentado que el lapso para llevar a cabo tal actividad es de diez (10) [días] hábiles, luego de que el tribunal de la causa ordene la publicación del referido cartel” -*Cfr.* Sentencia Nº 1.121/07-, en los siguientes términos:

“por cuanto la Exposición de Motivos de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece que la Sala Especial Agraria será la cúspide de la jurisdicción agraria en lo relativo a los litigios agrarios, así como en la materia contencioso administrativa agraria, considera necesario esta Sala pronunciarse sobre el modo y tiempo cómo debe llevarse a cabo la notificación de los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa para que se opongan en los juicios contencioso administrativos agrarios, consagrado en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Dispone el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, lo siguiente:

‘El auto que declare admisible el recurso ordenará la notificación del Procurador o Procuradora General de la República y de los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa, para que procedan a oponerse al recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de un lapso de diez (10) días hábiles. Igualmente, ordenará la remisión de los antecedentes administrativos sobre los cuales se abrirá pieza separada.’

En tal sentido, considera esta alzada necesario establecer que la notificación contemplada en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, referente a los terceros, deberá efectuarse mediante un cartel dirigido a ‘todos los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa’ en el recurso contencioso administrativo de nulidad de que se trate, para que comparezcan a oponerse en un lapso de diez (10) días hábiles contados a par-

tir de la publicación del mismo, como lo estipula la norma en cuestión. Ahora bien, dicho cartel deberá ser consignado en el expediente dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se hubiere expedido, y será publicado en un diario de mayor circulación local en el área de la jurisdicción del Tribunal competente por el territorio para conocer del procedimiento contencioso administrativo agrario de que se trate, o en su defecto, en un diario de mayor circulación nacional, en caso que no existiere aquél, ello por cuanto considera la Sala que para estos casos, el periódico de la localidad es el medio de mayor difusión y acceso en las regiones del interior de la República, y no así la Gaceta Oficial de la República, que es el medio consagrado por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para realizar las publicaciones de todos los actos que ella disponga.

En atención a lo antes expuesto, los Tribunales Superiores Regionales Agrarios deberán llevar a cabo la notificación de los terceros en los procedimientos contenciosos administrativos agrarios, contenida en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, de conformidad con lo aquí establecido, y a partir de la publicación del presente fallo” -Cfr. Sentencia N° 615/04-.

Posteriormente, la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social precisó el criterio parcialmente transcrito, en la referida decisión N° 1.121 del 24 de mayo de 2007, indicando lo siguiente:

“Recibida la información en esta Sala, se constató que en ese período transcurrieron veintiún (21) días de despacho, es decir, se excedió el lapso de diez (10) días hábiles que establece el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por tanto, deberá declararse con lugar la apelación propuesta, en razón de que se consumó la perención breve.

De otra parte, esta Sala, en función pedagógica, hace un llamado de atención al Tribunal de la causa, por cuanto declaró improcedente la solicitud de desistimiento del recurso de nulidad; lo procedente era resolver el pedimento de la parte accionada, en acatamiento del fallo N° 615 de esta Sala, dictado en fecha 4 de junio de 2004, por tanto, se insta al sentenciador del Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, a aplicar, en futuras ocasiones, las decisiones dictadas por esta Sala Especial Agraria para casos análogos, a los fines de mantener uniformidad en los criterios jurisprudenciales relativos a esta materia especial; de esta manera, se evitarán retrasos innecesarios y perjudiciales en la administración de justicia, en detrimento de los justiciables y el Estado venezolano”.

Respecto de la interpretación que debe dársele a la norma transcrita, esta Sala ha expresado en reiteradas oportunidades que el derecho a la igualdad implica brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellos que no se encuentran bajo tales supuestos podrían ser sometidos a un trato distinto, lo que hace posible que haya diferenciaciones legítimas, sin que tal circunstancia signifique alguna discriminación o vulneración del derecho a la igualdad .

Este derecho a la igualdad, debe ser garantizado por los jueces y juezas en todo *iter* procesal, toda vez que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la obligación de los funcionarios encargados de impartir justicia, dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en la Carta Magna, de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás. Se trata, pues, de una divergencia interpretativa en una decisión cuyo sentido diferente de otras

decisiones anteriores se debe a que se han hecho menciones jurídicas distintas a las que siempre se han tomado en cuenta, como ocurrió en el presente caso (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nº 366/07).

Cabe añadir además, que esta Sala en sentencia Nº 3.057/2004 cuyo criterio fue ratificado en sentencias Nros. 366/2007 y 2.490/2007; asentó, que debe garantizarse la confianza legítima y la seguridad jurídica de los justiciables, en los siguientes términos:

(*omissis*)

De ello resulta pues, que relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, transcritos *supra*, observa esta Sala que el Instituto Nacional de Tierras, tenía la expectativa legítima que en el presente caso se verificó la perención reconocida en la jurisprudencia parcialmente transcrita de la mencionada Sala; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al no dársele el mismo trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, referida al retiro y consignación del cartel de notificación de terceros, como en el caso *sub iudice*.

En consecuencia, esta Sala a los fines de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de la potestad extraordinaria de revisión, declara ha lugar la solicitud de revisión y anula la sentencia Nº 2.140 de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de diciembre de 2008 y, en consecuencia, ordena remitir copia de la presente decisión a la mencionada Sala, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida anteriormente en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, al margen del contenido de la revisión particular de la sentencia Nº 2.140/08 objeto de la solicitud interpuesta, esta Sala advierte de la lectura de las sentencias dictadas por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante la sentencia “Nº 615 de fecha 4 de junio de 2004 (caso: *Ganadería San Marcos, S.A. contra Instituto Agrario Nacional*) (...) se determinó el procedimiento para retirar y consignar el cartel de notificación de los terceros interesados en un recurso contencioso administrativo especial agrario; dejando sentado que el lapso para llevar a cabo tal actividad es de diez (10) hábiles, luego de que el tribunal de la causa ordene la publicación del referido cartel”, pero inexplicablemente y sin fundamento legal alguno, procedió mediante la sentencia Nº 1.121 del 24 de mayo de 2007, a establecer un lapso de diez días hábiles para la verificación de la “perención breve”, circunstancia que pretendió remediar en violación de los criterios vinculantes de esta Sala, mediante el criterio contenido en la sentencia objeto de revisión al señalar que “considera necesario (...), abandonar el criterio conforme al cual se sanciona con la perención breve al recurrente en vía de nulidad, cuando no cumple con la obligación de retirar y posteriormente consignar el cartel de notificación de terceros en el lapso de 10 días hábiles, luego de que el mismo haya sido expedido (...). Por consiguiente, la perención a considerar en materia agraria, será la establecida en el artículo 193 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, es decir, cuando hayan transcurrido seis (6) meses sin que se haya producido ningún acto de impulso procesal por la parte actora; criterio éste que deberá ser acatado por todos los tribunales agrarios de la República, a fin de evitar dilaciones indebidas en la administración de justicia”.

Ciertamente, si bien el contenido del entonces artículo 174, hoy 163 de la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G.O. N° 5.991 del 29 de julio de 2010) plantea similares deficiencias a las detectadas por esta Sala respecto al párrafo 12 del artículo 21 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que justifican una interpretación que regule a cabalidad la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados, en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios, conforme a los principios contenidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución; tal interpretación no puede ser el producto de una determinación arbitraria que no responda a los criterios interpretativos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, a los fines de dar coherencia y eficacia al ordenamiento jurídico vigente -vgr. Sentencias de esta Sala Nros. 2/01, 692/2005, 1.238/06, 1.488/2006, 2.413/2006, 301/07, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, 49/2009 y 53/2009, entre otras-.

En tal sentido, se comparte la intención de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia contenida en la referida sentencia N° 615/04, en orden a garantizar el emplazamiento de los “terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa” mediante la publicación de un cartel, pero la inclusión del emplazamiento por carteles en los términos del artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, además genera la necesidad de contar con un precepto que regule eficazmente la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios.

Esta Sala formuló un conjunto de consideraciones en torno al emplazamiento de los interesados en participar en los recursos de nulidad que se interpongan ante el Máximo Tribunal de la República,..(Véase Sentencia N°1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N°106 de 2006, pp.210 y ss)

Ahora bien, dado que el artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario no contiene un precepto que regule la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios, esta Sala con el objeto de adecuar el régimen procesal agrario con los presupuestos constitucionales sobre los cuales se funda todo proceso judicial, conforme a los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera que para que el régimen de notificaciones a que alude el referido artículo 163, sea entendido a cabalidad; la Sala estima que al no existir en dicho texto normativo un precepto que regule la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos de nulidad, a dicha fase resultaría aplicable en principio, lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual además de recoger el contenido de la sentencia de esta Sala ..(Véase Sentencia N°1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N°106 de 2006, pp.210 y ss) permite garantizar cabalmente los principios de los procedimientos contencioso agrarios, al no existir una normativa similar aplicable en el contencioso administrativo o en procedimiento civil que responda a tales características.

Por tal razón, esta Sala siguiendo los lineamientos contenidos en su sentencia (Véase Sentencia N° 1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006, pp.210 y ss) y en orden a garantizar los principios y derechos contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fija interpretación constitucionalizante del contenido del artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el cual deberá a los fines de su correcta aplicabilidad por los jueces competentes, asumir los siguientes principios a los fines de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso: (i) El auto que declare admisible el recurso ordenará la notifica-

ción del Procurador o Procuradora General de la República y mediante cartel a los terceros, incluyendo a quienes hayan sido notificados o participado en la vía administrativa; (ii) El cartel de emplazamiento será publicado por la parte recurrente en un diario de circulación nacional o regional, según sea el caso, para que los interesados concurren dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación; (iii) La parte recurrente tendrá un lapso de diez días de despacho, contados a partir del momento en que se haya librado el cartel, para retirarlo y publicarlo y consignar en autos un ejemplar del periódico donde hubiese sido publicado y; (iv) Si la parte recurrente incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente, salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el tribunal que conoce la causa.

Ahora bien, a los fines de fijar la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el presente fallo, esta Sala debe ponderar la incidencia respecto a los juicios existentes y finalizados en aplicación de un criterio de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que se apartó de los parámetros interpretativos establecidos por esta Sala y el ordenamiento jurídico vigente.

A tal efecto, cabe reiterar que si se concibe a la norma jurídica como instrumento fundamental para la obtención de la justicia, tal afirmación tiene repercusiones más allá de las soluciones que de forma abstracta el Poder Nacional instaura por vía legislativa -al regular los supuestos de hecho de las normas, delimitando las actuaciones prohibidas o debidas-, ya que la justicia sólo se alcanza en la correcta aplicación que realiza el juzgador al caso concreto (justicia material).

En tal sentido, los principios constitucionales (justicia formal) enuncian un conjunto de derechos y garantías, en los cuales el proceso judicial se caracteriza por su instrumentalidad ya que el fin primordial de éste, es garantizar que *“las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

Desde tal perspectiva, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso -artículos 253, 254, 256 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-. El medio para lograr esa inevitable armonización de la sociedad, debe ser el resultado ineludible de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad del intérprete de la Constitución, de actuar con pleno conocimiento de la realidad social y una amplia facultad de elección en materia de hermenéutica jurídica, ya que la protección efectiva de los derechos fundamentales, no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

De ello resulta pues, que no podría aseverarse la existencia del derecho y menos de la justicia, si estos fueren arbitrarios, tal como lo afirmó esta Sala en reciente sentencia, al establecer que

“es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender mantener su validez; siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho”

Ahora bien, al ser la Constitución una estructura normativa necesariamente coherente y vinculante, ninguna disposición constitucional debe ser interpretada de forma aislada o con independencia al régimen jurídico estatutario y general, ya que la abstracción o el aislamiento de una norma, puede alterar el equilibrio del sistema normativo, desdibujando su contenido y generando contradicciones con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico -vgr. Igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, entre otros- y, en consecuencia, en la obtención del bien común general.

Por ello, la labor del Poder Judicial consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los órganos del Poder Público, deben cumplir con sus objetivos y tomar las decisiones pertinentes en la consecución de los fines del Estado, y una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Así, en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deben darse decisiones judiciales justas aun cuando desde una perspectiva estrictamente normativa y formal ello sea imposible, en la medida que en el marco de la tutela de los derechos fundamentales y conforme al principio de racionalidad del ordenamiento jurídico, es ineludible la obligación que tiene el derecho como sistema de normas de ser un instrumento para el bien común.

En ese marco conceptual se inserta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que en sus decisiones, esta Sala debe tener en cuenta que el derecho aplicable *“se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso del modo mejor la justicia y el bien y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo, el entendimiento de los ciudadanos (...) y hasta las determinaciones históricas y sociales”* -Cfr. Juan Antonio García Amado. *Interpretar, Argumentar, Decidir*, en *Anuario de Derecho Penal*, monográfico sobre Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza), Perú, 2005. p. 32-73-.

Así, esta Sala incluso en supuestos en los que la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, ha considerado que 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 -Vid. Sentencias de la Sala Nros. 1.488/2006, 2.413/2006, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, (Véase Sentencia N°49 de 3 -2-2009, caso: *Amante Vero Crincoli Paternostro* en *Revista de Derecho Público* N° 117 enero-marzo de 2009, pp. 86 y ss.) y 53/2009-.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala a los fines de garantizar la efectiva garantía de principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho, y dado que como consecuencia de la presente revisión y de la fijación de un criterio con carácter vinculante establecido en el presente fallo, se generaría -en caso de establecerse con carácter retroactivo el contenido de la presente decisión- una grave alteración del conjunto de situaciones, dere-

chos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos e incluso un caos procesal en todo el sistema jurisdiccional agrario, en el presente caso se fija la aplicación en el tiempo de la interpretación sobre el aspecto procesal *supra* señalado en el presente fallo con carácter *ex nunc*, esto es a partir de su publicación en la Gaceta Judicial. Así se declara.

Finalmente, visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la Gaceta Judicial y la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

B. *El Contencioso Administrativo Especial Tributario*

TSJ-SC (1285)

18-10-2011

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Janssen Cilag, C.A. vs. Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Los aportes realizados en conjunto por los trabajadores y patronos al Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (actual Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat) y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) son contribuciones parafiscales sujetas a lo establecido en la normativa tributaria, razón por la cual la competencia para conocer de los actos emanados de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, respecto al referido aporte, corresponderá a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario. Así se declara.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control innominado de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

TSJ-SC (1547)

17-10-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Control del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011 (Leopoldo López Mendoza)

La Sala Constitucional señala que la Ley del Tribunal Supremo de Justicia no contiene ningún dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales, pero invoca la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional.

Precisado lo anterior debe esta Sala pronunciarse respecto de la naturaleza de la acción propuesta, para lo cual advierte:

A juicio de esta Sala, la parte actora no pretende la “nulidad” de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo.

Tampoco se trata de una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional.

En definitiva, del estudio pormenorizado de la solicitud se evidencia que la misma está dirigida a ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza, lo que amerita que esta Sala en ejercicio de su condición de último interprete de la Constitución, realice el debido control de esas normas de rango constitucional y pondere si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación

Al respecto, debe esta Sala determinar el alcance de la acción de control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, para luego analizar el régimen de competencia, la admisibilidad y, en el supuesto de que fuera admitida, el procedimiento aplicable.

En tal sentido, se observa:

La Sala Constitucional, en la oportunidad de conocer sobre la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –Caso: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Dicho cardinal establecía que era competencia de la Sala Constitucional: “*Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano*”.

En dicha oportunidad, esta Sala Constitucional concluyó que la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República no podía encuadrarse en un recurso de nulidad, pues no se trataba de una acción de nulidad de un acto en ejecución directa de la Constitución y tampoco se trataba de una colisión de leyes.

Ahora bien, la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sufrido un cambio con la aprobación de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

En efecto, no está incluido en el nuevo texto legal ningún cardinal cuya redacción aluda al contenido del antiguo artículo 5.23 de la Ley de 2004. Si se observa el artículo 25 de la Ley de 2010, contentivo de las competencias de la Sala Constitucional, no se advierte ningún

dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales. Ciertamente, el numeral 17 del artículo 25 de la nueva ley pauta que corresponde a esta Sala “*conocer de la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional*”.

Pero lo que se está solicitando no es la interpretación de una “*norma o principio*”, sino el análisis de la conformidad constitucional de un fallo de un tribunal de derecho internacional público cuya ejecución se pretende en nuestro país.

Ahora bien, es criterio de esta Sala Constitucional que, al no existir disposición expresa que contemple esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad, lo pertinente es invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional. El fundamento de esta competencia se complementa con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución que a la letra dice: “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*” (subrayado de este fallo).

Por otra parte, al haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “*decisiones emanadas de los órganos internacionales*” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.

V

DE LA ADMISIBILIDAD

Sentado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de dicha acción de control de constitucionalidad, para lo cual observa que por cuanto de su examen se constata que cumple con los extremos jurisprudenciales para la admisión de este tipo de recursos, y no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad que preceptúa el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se admite en cuanto ha lugar en derecho. Así se decide.

VI

RÉGIMEN PROCESAL

Como no se trata de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo; esta Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determina que al tratarse de una cuestión de mero derecho, la presente causa no requiere sustanciación, razón por la cual entra a decidir sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho, omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados, en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis. Así se decide.

TSJ-SC (1547)

17-10-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Control del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011 (Leopoldo López Mendoza)

La Sala declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales.

El 1 de septiembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente a la República Bolivariana de Venezuela por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República.

En tal sentido, la Corte indicó que el punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el caso debe resolverse mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con “*una condena, por juez competente, en proceso penal*”.

En consecuencia, la Corte ordenó al Estado venezolano:

i) Asegurar a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del ciudadano López Mendoza en el evento electoral en que desee inscribirse, que se celebre con posterioridad a la emisión de la sentencia;

ii) Dejar sin efecto las Resoluciones de 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República mediante las cuales declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del ciudadano López Mendoza por un periodo de 3 y 6 años, respectivamente;

iii) Publicar el resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la sentencia en un web oficial.

iv) Adecuar al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo a lo señalado en la sentencia.

v) Pagar la cantidad fijada en la sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos.

Por otra parte, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación en perjuicio del ciudadano López Mendoza, en virtud de que el Contralor no formuló una motivación adecuada y autónoma –distinta a la de imposición de multas– para justificar la sanción de inhabilitación. Igualmente, consideró que los recursos judiciales interpuestos por la presunta víctima ante las Salas Político Administrativa y Constitucional tampoco cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para amparar su derecho a ser elegido, vulnerando el derecho a la protección judicial.

Asimismo, el fallo recuerda “*que es consciente [de] que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

Finalmente, la Corte Interamericana señala que “*supervisaré el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana*”.

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

Dicho artículo 23 constitucional, dispone a la letra:

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

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

Ahora bien, para determinar el alcance del fallo del 1 de septiembre de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad, es preciso observar lo siguiente:

Como se indicó *supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que “el punto central” del fallo es la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.

Sobre el punto, es preciso reiterar (ver fallo N° 1939/2008, caso: *Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*) que:

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

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.

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

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

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala Nº 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...”.

Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión Nº 1942/2003 precisó, en relación con el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

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

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

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

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

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: ‘La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico.

Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

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

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

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *etiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

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

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

Por otra parte, la Sala Constitucional, en su sentencia 1265/2008 decidió:

"Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la 'reglamentación' de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

*Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 **eiusdem** admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga 'conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'.*

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que 'los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática'.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la 'Convención Americana sobre los Derechos Humanos', restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más 'favorable' que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que '...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyace tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...'

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione).

*Agrega el fallo **in commento** que, 'En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista.... La nueva teoría es com-*

bate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela` (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que `...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...`.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*. Paris. LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano.

Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, `no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta.

Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 eiusdem` (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la `interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista`.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la `Convención Americana sobre derechos humanos`.

Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitucional (sic) Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

*En concreto, es inadmisibile la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 **eiusedem**); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e 'imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley' (art. 289.3 **eiusedem**). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.*

Además de los criterios jurisprudenciales antes referidos, esta Sala Constitucional considera pertinentes las observaciones que el Magistrado Diego García-Sayán hace en su voto concurrente razonado del fallo objeto de análisis. En efecto, dicho voto expone:

1. *“El caso resuelto por la Corte se refiere a una víctima perfectamente individualizada, el señor Leopoldo López Mendoza, y a una situación y materia jurídica con un ‘punto central’ identificado por la Corte:*

100. *El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.*

2. *En torno a este aspecto central de la controversia la Corte ha determinado la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación, inter alia, al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: ‘[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal’.*

3. *Siendo el tema esencial de este caso el derecho del señor López Mendoza a registrar su candidatura para cargos electivos y habiendo la Corte declarado la violación del derecho a ser elegido, remitiéndose, entre otras, a la estipulación contenida en el artículo 23.2 de la Convención, corresponde complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados de este caso. El asunto al que se vio enfrentada la Corte en el presente caso guarda relación, también, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración y sus límites tratándose de restricciones al sufragio pasivo.*

4. *Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos. Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.*

5. *De una interpretación no sólo literal sino sistemática y evolutiva del artículo 23.2 que, además, incorpore los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario, se llega en este voto concurrente a un enfoque alternativo...*

Interpretación comprensiva del artículo 23.2

6. *Es conveniente un análisis adicional sobre las expresiones ‘exclusivamente’ y ‘condena, por juez competente, en proceso penal’ contenidas en el artículo 23.2 de la Convención. En*

particular para determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos. Una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana nos lleva a conclusiones diferentes.

7. La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto, una determinación sobre el término 'exclusivamente' y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular, se estableció que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad:

166. El sistema interamericano [no] impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

8. El análisis sistemático, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969.

9. En este orden de análisis es de resaltar que en los demás ordenamientos internacionales de protección de derechos humanos no existe referencia específica de los medios o mecanismos por los cuales se puede regular el derecho a presentarse a elecciones o el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. No se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados sólo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de 'condena, por juez competente, en proceso penal'.

10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Si establece que los mismos no pueden ser limitados por 'restricciones indebidas'. El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1, se limita a consagrar la obligación de garantizar 'elecciones libres'. En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados Parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar. Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana.

Ahora bien, la Sala, aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del Magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos *supra*, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una "autoridad judicial".

En tal sentido, en la citada sentencia 1265/2008 esta Sala precisó lo siguiente:

"Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII (R-S) p. 294, 'la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad'.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (ver Diccionario Jurídico Espasa LEX, pp. 776 y 902).

De igual manera, el mismo Diccionario de la Lengua Española (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la 'pena o castigo que priva de algunos derechos', lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la 'incapacitación para ejercer diversos empleos', lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

*En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que '...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...', esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo **stricto sensu** o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.*

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

*En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al **ius puniendi** del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autónomo de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.*

Al respecto, esta Sala, en sentencia Nº 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) estableció que:

'...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.

En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo).

En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...’.

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara”.

En la misma línea argumental es preciso referir que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana.

En efecto, nuestro país ha suscrito y ratificado con posterioridad a la aludida Convención otros tratados de cuyo texto pueden inferirse conclusiones muy distintas a las vertidas en el fallo del 01 de septiembre de 2011, objeto de análisis, en la presente decisión.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, obliga a los Estados Americanos a “tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio”, sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales.

Asimismo, el artículo II precisa los propósitos de la Convención en los siguientes términos:

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado de este fallo).

Como puede advertirse de esta disposición se insta a los Estados a promover y fortalecer los “mecanismos” necesarios (no exclusivamente judiciales) para sancionar los actos de corrupción. Igualmente, el artículo III, referido a las medidas preventivas alude a la “aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales” por parte de los Estados Partes, lo cual en el caso de Venezuela implica el reconocimiento dentro del marco constitucional del poder sancionador del Poder Ciudadano (artículo 274) entre cuyos órganos está la Contraloría General de la República. En este mismo artículo (cardinal 9) se exige fortalecer los “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” (subrayado nuestro). Obviamente, estos mecanismos modernos deben ser entendidos como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito.

En el mismo lineamiento, esta Sala observa que el artículo XI propone un desarrollo progresivo de las legislaciones nacionales para la consecución de los objetivos de la Convención, sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban ser necesariamente objeto de condena judicial.

Por otra parte, el artículo XIV al aludir a la asistencia y cooperación entre los Estados Partes para la investigación y sanción de los actos de corrupción, insiste en la creación de: formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción”. Y agrega que “Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes...”, sin indicar que dichos órganos sean judiciales. Es más, el artículo XVIII precisa que deberán designarse “Autoridades Centrales” en cada Estado Parte para la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de la Convención; y en la mayoría de los países signatarios, entre ellos el nuestro, se designa como autoridad central a un órgano de naturaleza administrativa o no “jurisdiccional” como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Ecuador); Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Argentina); General Counsel and Director Department of Justice y Vice President Americas Branch Canadian International Agency (Canadá); Representante Permanente de los Estados Unidos ante la OEA y la Office of International Affairs of the Criminal Division of the United States Department of Justice (EEUU); Ministerio de Justicia (Perú); Tribunal Superior de Cuentas (Honduras); Comisión Nacional de Transparencia y contra la Corrupción (Guatemala); etc. En el caso de Venezuela, la autoridad central designada es el Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

Igualmente, Venezuela es país signatario de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrito en el año 2003, cuyo objetivo es la introducción de un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que puedan aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. En tal sentido, es digno de destacarse la protección de la soberanía de los Estados que expresamente se declara en el artículo 4 del tratado.

Así, se pauta que “1. *Los Estados Partes cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.* 2. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades*”-

En el artículo 5 de la Convención, relativo a las “Políticas y prácticas de prevención de la corrupción”, se hace referencia a la necesidad de que los Estados fomenten políticas y prácticas eficaces contra la corrupción y, en concreto, en el cardinal 3 de la misma disposición se pauta que “cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción” (subrayado de este fallo).

En relación a los órganos de prevención de la corrupción, el artículo 6 precisa que corresponde a cada Estado Parte, “*de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*”, garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción, debiendo otorgársele a los mismos independencia para desempeñar sus funciones de manera eficaz. Podemos, en relación a esta disposición, inferir que puede ser más de un órgano el encargado de la lucha contra la corrupción y que no existe limitación alguna a que se trate exclusivamente de tribunales.

Dicha conclusión se afinca aún más con la previsión contemplada en el artículo 8, cardinal 6, el cual contempla la posibilidad de aplicar “medidas disciplinarias o de otra índole” contra los funcionarios públicos que incurran en corrupción. Asimismo, en relación al sector privado se admite la aplicación de “sanciones civiles, administrativas o penales eficaces” (art. 121.1 *eiusdem*).

Por otra parte, de manera expresa, el artículo 30.7 establece la posibilidad de inhabilitar “por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno” a los sujetos de corrupción (subrayado de este fallo).

Esta previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales (Capítulo VIII, artículo 65) de la Convención, que textualmente pauta:

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción” (subrayado de este fallo).

En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que ha obligado a esta Sala a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia. Ese mecanismo de “control de convencionalidad” ha sido señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto contenido en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde tal función se despliega “*en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el*

Estado”, entre los que se encuentran las Convenciones contra la corrupción, ratificadas por Venezuela, por lo que no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, a los que aluden también las Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)*,” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Sala advierte que la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 *eiusdem*, en su condición de elector.

Esto es así porque, se insiste, la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala N° 661 del 22 de junio de 2010, caso: Juan Pablo Torres Delgado, en la que se precisó que “*la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional*”. Así se decide.

2. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Inaplicación de una norma como medida cautelar*

TSJ-SC (1487)

11-10-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Procuradora General de La República vs. Artículos 94 y 95 la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital.

La Sala suspende la aplicación de los artículos 94 y 95 de la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital, al regular la materia de apuestas en general que corresponde al Poder Legislativo Nacional

Finalmente, corresponde proveer sobre la solicitud cautelar formulada por el accionante al inicio de su escrito libelar.

Al respecto, el artículo 130 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece lo siguiente:

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

La norma transcrita viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (*Vid.* Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que tiene por objeto, garantizar las resultas de un juicio o, en otras palabras, salvaguardar la situación jurídica de los justiciables, a los fines de impedir que sufran una lesión irreparable o de difícil reparación mientras se tramita la causa (*Vid.* Sentencia N° 2370 del 1° de agosto de 2005, caso: *Línea Santa Teresa C.A.*).

En términos estrictamente adjetivos, son providencias que persiguen un fin preventivo de modo explícito y directo (La Roche. H, 1983. Medidas Cautelares. Maracaibo, Venezuela. Colegio de Abogados del Estado Zulia), lo cual, las erige en garantías contra la materialización de una lesión a la situación jurídica ventilada en juicio.

Al mismo tiempo, son una parte consustancial de las potestades de los órganos jurisdiccionales que no se encuentra sujeta al principio dispositivo y, por tanto, opera incluso de oficio. Además, responden a circunstancias de necesidad y urgencia, con lo cual, se encuentran excluidas del principio de tempestividad de los actos procesales y, ello, determina que son procedentes en cualquier estado y grado de la causa, siempre que se requieran para la salvaguarda de la situación controvertida.

De lo expuesto, se deduce que las medidas cautelares presentan como rasgos esenciales, en primer lugar, su instrumentalidad, esto es, que no constituyen un fin por sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva. En segundo lugar, son provisionales y, en consecuencia, fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, sin menoscabo de la posibilidad que tiene el juez de modificarlas o revocarlas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal. En

tercer lugar, se encuentra la idoneidad según la cual, deben servir para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial invocada, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será idónea para la realización de esta. Por ello, Calamandrei (*Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1984) afirmaba que, como un efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser idóneas y, por tanto, homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

De este modo, el proveimiento cautelar, si bien representa una aproximación al *thema decidendum* del juicio principal, resulta esencialmente distinto en cuanto a la declaración de certeza de la decisión de fondo, pues, como afirma Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Caracas 2001), no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

De allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado.

Como puede observarse, se trata de un análisis probabilístico y no de una declaración de certeza y, por tanto, no implica un pronunciamiento anticipado sobre el mérito de la controversia, sino un análisis de verosimilitud, que podrá o no ser confirmado en la sentencia definitiva, cuando se reconozca con fuerza de cosa juzgada y sobre la base de todos los elementos de convicción. En otras palabras, se trata de una apreciación anticipada, pero somera del derecho controvertido, basada en la impresión *prima facie* de la pretensión.

Volviendo sobre los rasgos esenciales de las medidas cautelares, estas responden, tal como se afirmó supra, a condiciones de necesidad y urgencia, lo cual conlleva a que se concedan en aquellos casos en que se requiere de manera inmediata la prevención de perjuicios graves o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal. La urgencia es asimismo la razón de que las medidas cautelares del proceso se adopten inaudita parte, sin menoscabo del ulterior contradictorio.

Conforme a los rasgos enunciados y a la naturaleza garantista de la tutela cautelares, el legislador patrio reconoció en la nueva Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, uno de los caracteres más novedosos y progresistas de estas medidas, a saber, su carácter innominado, el cual consiste, en que el poder de resguardo que tienen los jueces y, concretamente esta Sala, sobre las situaciones llevadas a juicio se extiende a cualquier medida positiva o negativa que sea necesaria para la protección efectiva de los justiciables.

De este modo, esta Máxima Instancia Jurisdiccional y en general, los tribunales, pueden adoptar cualquiera de las medidas cautelares expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico, como ocurre con la suspensión de efectos, la prohibición de enajenar y gravar, etc., o dictar alguna providencia que sin estar expresamente mencionada en la ley, permita la protección a los intereses y derechos ventilados en juicio.

Ahora bien, esta Sala observa que las disposiciones cuya nulidad se pretende son del siguiente tenor:

“Artículo 94: Se entiende como máquina recreativa para adultos tipo ‘B’, aquellas con mando a distancia que a cambio de un precio, concede al jugador un tiempo de juego y eventualmente un premio que se presenta en puntos, créditos o metálico, que funciona con medios diferentes a monedas o fichas.

Parágrafo Único: Las máquinas recreativas para adultos tipo ‘B’ sólo podrán ser instaladas en locales establecidos, tales como loterías, tascas, restaurantes, billares y fuentes de soda, en un máximo de seis (6), al igual que las que sean instaladas en lugares abiertos, a la vista del público transeúnte.

Artículo 95: La operación de las máquinas traganiqueles u otros juegos programables deberá realizarse conjuntamente con la de un Casino o Sala de Bingo. En consecuencia, no se otorgarán licencias para el funcionamiento de locales donde sólo operen dichas máquinas”.

Respecto a las citadas normas, la abogada actora denuncia la usurpación de competencias normativas reservadas al Poder Nacional y, en tal sentido, esta Sala precisó en la sentencia 886, dictada el 13 de mayo de 2004, que la regulación en materia de apuestas en general, corresponde al Poder Legislativo Nacional, con lo cual, *prima facie*, se constata la presunción de buen derecho o *fumus boni iuris* a su favor, por cuanto la actividad económica que pretende regular el Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital no es otra que la de juegos de invite y azar.

De igual modo, observa la Sala que en el presente asunto existe un fundado temor de ocurrencia de daños de difícil reparación que pudieran producirse hasta tanto se dicte la correspondiente decisión de fondo, pues la aplicación de la normativa atacada, podría suponer la usurpación de funciones del Poder Público Nacional y, con ella, viciar de nulidad absoluta los actos que se dicten en su ejecución, con la consecuente afectación al normal funcionamiento de la Administración Municipal y a los derechos e intereses de los administrados.

Ello así, luego de ponderar los intereses en conflicto en el caso sub iudice, esta Sala estima procedente la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se suspende la aplicación de los artículos 94 y 95 de la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital, publicada en la *Gaceta municipal* N° 3316, el 28 de septiembre de 2010. Así se decide.

Con ocasión a la medida acordada, de conformidad con el artículo 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, atendiendo a que el contenido de la presente decisión reviste interés general, por cuanto se refiere a la suspensión de los efectos de las normas impugnadas, se considera necesaria la publicación de dicho fallo en la Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Gaceta del Municipio Libertador del Distrito Capital.

TSJ-SC (1766)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Procuradores de los Estados Carabobo, Miranda, Zulia, Táchira y Lara vs. Decreto N° 8.163 del 18 de abril de 2011, con rango, valor y fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos

La Sala Constitucional declara improcedente la medida cautelar, además por no reunir los requisitos de procedencia de la tutela cautelar requerida debido a su argumentación genérica y ausencia de pruebas de la parte actora, porque las medidas cautelares peticionadas guardan plena identidad con la pretensión de fondo.

Determinada la competencia de esta Sala para conocer en el presente asunto, resulta pertinente reiterar lo sostenido en la sentencia número 1.795 del 19 de julio de 2005, caso: “*Inversiones M7441, C.A. y otras*”, en la cual se estableció respecto del procedimiento para tramitar los recursos de nulidad por inconstitucionalidad, lo siguiente:

“...Siendo que la preocupación principal, pero no la única, es la tutela judicial cautelar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece los siguientes parámetros para la tramitación de las solicitudes cautelares conjuntamente con los recursos de nulidad por inconstitucionalidad:

i) Ante la interposición conjunta del recurso de nulidad por inconstitucionalidad con alguna o varias solicitudes cautelares, se le dará entrada al mismo en la Secretaría de la Sala e inmediatamente se designará ponente, a quien se pasará el expediente para el pronunciamiento sobre la admisibilidad.

En la misma decisión donde sea admitido el recurso, se emitirá el pronunciamiento relativo a la medida cautelar solicitada, sea que se trate de medida cautelar innominada o de amparo cautelar, para lo cual no sólo deberán tomarse en cuenta los alegatos y la debida argumentación relativa a los hechos y al derecho que se invocan para lograr la convicción de la Sala respecto a su procedencia, sino que también se tomará en cuenta todo instrumento que pueda ser aportado junto al escrito para tales efectos, siempre que ello sea posible. Claro está, en toda esta tramitación debe tenerse siempre presente que el estudio de la constitucionalidad de las normas y en general de los actos u omisiones estatales, no exige mucho de los hechos.

*ii) En caso de ser admitido el recurso, se ordenarán las citaciones y notificaciones respectivas, continuando así con la tramitación del mismo de conformidad con lo establecido en la sentencia N° 1.645 del 19 de agosto de 2004 (caso: ‘*Constitución Federal del Estado Falcón*’), remitiéndose para ello al Juzgado de Sustanciación (...).*

El legislador, por su parte, en el nuevo texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial* N° 39.522 de 1° de octubre de 2010), acogió los postulados sentados por la jurisprudencia de la Sala y, en el artículo 130, consagró la potestad cautelar general de esta Sala en los términos que siguen:

“Artículo 130. En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar y la Sala Constitucional podrá acordar, aún 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”.

De la norma que precede se deduce que, aunada a la exigencia de los requisitos tradicionales del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* que resultan consustanciales al decreto de cualquier mandato cautelar, se suma la necesidad de ponderación de los intereses públicos en juego, dada la enorme relevancia colectiva de tal suerte de proveimientos, justamente, de cara a la mayor entidad jurídico política de las causas vinculadas al Derecho Público y, con mayor razón, ante esta Sala como máximo órgano de justicia constitucional.

Ahora bien, dado que en el presente caso se ha interpuesto recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar de amparo, subsidiariamente con medida cautelar innominada, la Sala luego de admitido el mismo, se pronunciará de seguidas sobre las referidas medidas. Así se decide.

Al respecto, esta Sala en su decisión N° 287 del 28 de febrero de 2008 (caso: *Morris Sierralta Peraza y Manuel Rojas Pérez*), estableció lo siguiente:

“...Como es jurisprudencia reiterada de esta Sala, la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

La situación normal debe ser la opuesta, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez. Actuar de otra forma puede ocasionar más perjuicios que ventajas, con lo que la tutela provisional puede convertirse, lejos de su verdadera justificación, en un mecanismo para desatender disposiciones sobre las que aún resta hacer el pronunciamiento definitivo.

En este caso, la complejidad del asunto en debate amerita un análisis profundo de constitucionalidad acerca de la posibilidad de que mediante decretos leyes se dicten normas de carácter penal, por lo que la opinión de la Sala sobre **la no aplicación de las normas cuya nulidad se solicita, mientras se resuelve el fondo de la demanda, conllevaría a un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo**. En consecuencia, estima esta Sala que no debe concederse la medida solicitada respecto de los artículos cuya nulidad por inconstitucionalidad se demanda...” (negritas propias).

En el caso de autos se ha solicitado la suspensión de los efectos y paralización de cualquier acto de aplicación del Decreto N° 8.163 del 18 de abril de 2011 con rango, valor y fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.022 Extraordinario del 18 de abril de 2011.

Al respecto, esta Sala advierte que el contenido de la referida solicitud, además de no reunir los requisitos de procedencia de la tutela cautelar requerida (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses en juegos) debido a su argumentación genérica y ausencia de pruebas de la parte actora, amerita una revisión que excede el simple análisis del Decreto Ley impugnado, como requisito esencial para acordar una medida cautelar, la cual se caracteriza por su provisionalidad o temporalidad y por su efecto preventivo para proteger los derechos de quien la solicita; en tal sentido, se aprecia que las medidas cautelares peticionadas guardan plena identidad con la pretensión de fondo, por lo que no resulta posible acordar su procedencia sin entrar a realizar un análisis sobre cuestiones que resultan propias del fallo de mérito de la causa debatida, como lo es la vigencia y aplicación del Decreto Ley impugnado, motivo por el cual, se niega la solicitud de amparo cautelar así como la medida innominada de suspensión de efectos, pues su otorgamiento implicaría ineludiblemente un prejuzgamiento sobre el fondo de lo debatido; y así se decide.

3. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ -SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen criterios de esta Sala, lo que será determinado en cada caso, siendo siempre facultativo de la Sala su procedencia.

La labor tuitiva del Texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias, no se cristaliza de forma similar al establecido para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva. Para la revisión extraordinaria el hecho configurador de la procedencia no es el mero perjuicio, sino que, además, debe ser producto de un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala; de la indebida aplicación de una norma constitucional, de un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, de su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión constitucional de la sentencia.

No puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto, mediante esta facultad discrecional que tiene esta Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de los derechos constitucionales que, supuestamente, hubieren sido infringidos en el caso concreto, sino que, por el contrario, busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados del solicitante.