

# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2012*

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. La Ley. a. Colisión de Leyes. 2. *Actuaciones Internacionales de la Republica*. A. Tratados internacionales: Actos ratificatorios.
- II. DERECHOS Y GARANTAS CONSTITUCIONALES
  1. *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y ejecución de decisiones de los organismos internacionales*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Tutela judicial efectiva. B. Las garantías del debido proceso. a. Silencio de pruebas. b. Juez natural independiente e imparcial. c. Principio del *non bis in idem*. 3. *Derechos Individuales*. A. Libertad personal. B. Derecho a la libertad de expresión y a la información. 4. *Derechos Laborales: Lapsos de prescripción del derecho a accionar*. 5. *Derechos Políticos*. 6. *Derechos de los pueblos indígenas*.
- III. EL ORDENAMIENTO ORGANICO DEL ESTADO
  1. *La Administración Pública*. A. La Administración Descentralizada: Empresas del Estado. Privilegios y prerrogativas. 2. *El Poder Judicial*. A. Administración de Justicia. a. Consulta obligatoria de fallos.
- IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO
  1. *Obligación tributaria*. A. Incumplimiento: Intereses moratorios. B. Incumplimiento de deberes formales (Delito continuado). 2. *Naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda*.
- V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
  1. *El procedimiento administrativo sancionatorio* A. Legitimación pasiva. B. Sanción de multa. 2. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de fondo. a. Competencia: Delegación.
- VI. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
  1. *Poderes del Juez Contencioso Administrativo*. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Objeto: Decreto de expropiación. B. Suspensión automática de los efectos del acto administrativo (multas). C. Perención. 3. *El Contencioso Administrativo por Abstención*. 4. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Agrario: Garantía de permanencia agraria.

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos: Competencia.* 2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.*

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *La Ley*a. *Colisión de Leyes*

TSJ-SC (120)

22-2-2012

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Recurso de Colisión de Leyes)

**La Sala Constitucional señala que no existe colisión entre el artículo 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), y el artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, ya que pertenecen dichas normas a dos sistemas diferentes –una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat-.**

En la presente causa ha existido una constante solicitud de las partes con respecto a que esta Sala proceda a analizar e interpretar el contenido y alcance el artículo 172, cardinal 1, de la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, actual artículo 30, cardinal 1, del Decreto núm. 6.072 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (*G.O. Ext. 5.889 del 31 de julio de 2008*).

Esta petición se ha mantenido en los escritos presentados por las partes en que sostienen que esta Sala determine y desarrolle la noción de “salario integral” y si su naturaleza jurídica frente al Sistema de Ahorro Habitacional, implementándose entre las partes contradicciones acerca de si dichos aportes son de índole tributario o si pertenece propiamente a un sistema de ahorro obligatorio de naturaleza no fiscal.

Al respecto, esta Sala debe reiterar su jurisprudencia con respecto al contenido y alcance de las demandas de colisión de leyes, las cuales han sido calificadas por esta Sala como una “especial categoría de acción mero declarativa” (s.S.C. núm. 741/2010, caso: *Concejo Municipal del Municipio Pampanito del Estado Trujillo*). Por ende, tal como se indicó anteriormente, la sentencia en esta materia limita sus parámetros a establecer solamente la norma que es aplicable dentro del ordenamiento jurídico.

En efecto, ha sido jurisprudencia constante que la demanda de colisión se circunscribe a determinar, frente a contradicciones normativas y con base en los principios generales del Derecho, cuál disposición debe prevalecer, a fin de impedir la existencia de reglas que conduzcan a soluciones incompatibles ver, por todas, (Véase Sentencia N° 889 de 31-5-2001, “en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 52 y ss.)

Asimismo, en decisión N° 2922 /2005 (caso: colisión entre el artículo 57 de la Ley de Medicamentos y el artículo 1, literal “f” del Reglamento de Ejercicio de la Farmacia), causa similar a la de autos, se sostuvo lo siguiente:

“El recurso de colisión de normas se refiere únicamente a la situación en la cual dos disposiciones legales intentan regular el mismo supuesto de diferente forma, y ante lo cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional competente para que resuelva las normas que presuntamente se encuentran en conflicto.

Así, esta Sala, indicó con respecto a la finalidad del recurso de colisión, que: ‘...en el recurso de colisión de leyes la función del órgano jurisdiccional se reduce concretamente a establecer una comparación de las normas legales sobre las cuales versa el recurso, y, en el caso de que este órgano jurisdiccional estime que ésta se plantea entre ellas, declarar cuál debe prevalecer...’. (Véase Sentencia N° 889 de 31-5-2001, en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 52 y ss.)

Pudiendo advertirse como esta Sala ha delineado las características del denominado recurso de colisión de leyes, entre cuyas decisiones se puede destacar la sentencia N° 567 del 22 de marzo de 2002 (Caso: *Asociación de Comerciantes y Propietarios y Afines de Las Mercedes ACOPARME*), donde se asentó que:

De lo anterior se deduce que la colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferente una misma hipótesis. De allí que, este recurso implica la aplicación de los siguientes criterios interpretativos:

- a) Puede plantearse cuando la presunta colisión se da entre cualquier tipo de normas, e incluso tratarse de diferentes disposiciones de un mismo texto legal.
- b) El conflicto de normas se manifiesta cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien, cuando impide la ejecución de la misma.
- c) No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado, cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible de materializarse en cualquier momento en que se concreten las situaciones que las normas regulan.
- d) No debe confundirse este recurso con el de interpretación, previsto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de 1999 y en el ordinal 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- e) No se puede pretender que a través de este mecanismo se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad” (subrayado del presente fallo).

Por tanto, el recurso de colisión de normas se refiere únicamente a la situación en la cual dos disposiciones legales intentan regular el mismo supuesto de diferente forma, y ante lo cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional competente para que resuelva las normas que presuntamente se encuentran en conflicto (s. S.C. del 20 de diciembre de 2006).

En este caso, la pretensión de esclarecer la naturaleza jurídica de los aportes al sistema de vivienda no es ínsita al conflicto de colisión de normas; sino del recurso de interpretación de ley. Ejemplo de ello, ha sido la causa interpuesta ante la Sala Político Administrativa donde precisamente se sostiene la misma inquietud (expediente núm. 2008-0419, nomenclatura de esa Sala).

Cabe señalar, que dicho recurso de interpretación fue objeto de reciente decisión por parte de la Sala Político Administrativa (s.SPA 796 del 8 de junio de 2011; caso: *CONIN-*

*DUSTRIA*); que a su vez, tal como se indicara previamente en el inciso 2, esa sentencia fue objeto de revisión por parte de esta Sala (s. 1771 del 28 de noviembre de 2011), asentándose mediante jurisprudencia vinculante, interpretación constitucional al respecto, por lo que los aspectos planteados por las partes, en lo referente a ese punto, ya fueron decididos por este juez constitucional.

En efecto, en la decisión de esta Sala Constitucional N° 1771/2011 (caso: *BANAVIH*), la cual, se ratifica en cada una de sus partes, se delimitó y aclaró los mismos aspectos que se controvierten en la presente causa, en los siguientes términos:

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 N° 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 una 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, entiéndose 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 importancia 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 confor-

man 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” (subrayado del presente fallo).

En virtud de ello, esta Sala determinará cuál de las normas cuyo conflicto se denuncia debe prevalecer, siguiendo la interpretación realizada por esta Sala en los términos transcritos.

Establecido lo anterior, las preposiciones normativas cuyos conflicto se demanda se encuentran comprendidas por las disposiciones contenidas en los artículos 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo, 113 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y 172, cardinal 1, de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Sin embargo, esta Sala mediante decisión N° 1209, del 23 de julio de 2008, admitió la presente demanda de colisión de normas legales; estableciendo que la misma estaba orientada a determinar la posible colisión entre el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo y el artículo 172.1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Al respecto, es oportuno referir que el artículo 172, cardinal 1, de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, originalmente denunciado, ha sido objeto de reforma. La última de las mismas se estableció en el artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889, Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

De manera que, esta Sala observa que la disposición vigente en materia de vivienda y hábitat es la siguiente:

“Artículo 30. El ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este Fondo y reflejará desde la fecha inicial de su incorporación:

1.- El aporte mensual en la cuenta de cada trabajadora o trabajador equivalente al tres por ciento (3%) de su salario integral, indicando por separado; los ahorros obligatorios del trabajador, equivalentes a un tercio (1/3) del aporte mensual y los aportes obligatorios de los patronos a la cuenta de cada trabajador, equivalente a dos tercios (2/3) del aporte mensual”.

Por su parte, el artículo 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo, prevé:

“Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”.

Establecidos los preceptos objeto de colisión, la Sala ha determinado con anterioridad que la resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que estiman aplicable, con la salvedad de que es esta Sala del Máximo Tribunal la única con el poder suficiente para que su declaración tenga carácter obligatorio y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel Juzgador que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma.

A partir del momento en que esta Sala emita pronunciamiento, entonces, el dilema desaparece: ya no habría conflicto, pues la sentencia decide cuál norma aplicar y cuál no. Es un caso típico de sentencia declarativa de certeza, pues elimina la incertidumbre sobre una situación controvertida, y lo hace de manera definitiva.

Si la única diferencia entre la respuesta que dé esta Sala al conflicto planteado y la que pueda proporcionar cualquier operador jurídico consiste en el efecto de la declaratoria, es obvio que la determinación de la norma de aplicación preferente sólo puede surgir del recurso a los conocidos principios hermenéuticos, aplicables incluso sin regulación legal (*Vid.* s.S.C. N° 2947 del 14 de diciembre de 2004).

Los conflictos de aplicación de normas siempre pueden estar presentes en cualquier nivel y orden que se requiera la aplicación del ordenamiento jurídico legal, por lo que puede existir un conflicto potencial de aplicación normativa cuando esté presente la derivación de órdenes sucedáneos de normas, la existencia de varios sistemas normativos autónomos de regulación similar o de cierto nivel de interrelación, la ausencia de remisiones expresas normativas entre un ordenamiento y otro dentro del sistema interno, la coexistencia de órdenes nacionales y normas extranjeras aceptadas y ratificadas por la República, o la relación entre las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional y las disposiciones estatales o locales, en todos estos casos, puede perfeccionarse un conflicto de normas.

Sin embargo, no es dable que cualquier antinomia deba ser resuelta por esta Sala mediante una sentencia mero declarativa. En la mayoría de los casos, los operadores jurídicos están en la capacidad de solventar las antinomias mediante la aplicación de los principios básicos de resolución normativa: (i) temporalidad; (ii) jerarquía y; (iii) especialidad. La aplicación de estos principios delimita la resolución de las conflictividades básicas del ordenamiento jurídico sin que para ello deba requerirse una declaratoria expresa por parte de esta Sala Constitucional.

Por el contrario, cuando la interacción de los sistemas imposibilite mutuamente su aplicación, los operadores jurídicos están en la obligación de acudir a esta Sala; es en esta situación cuando se requiere la clara determinación del ordenamiento, sistema o norma jurídica aplicable.

Distinto es cuando las disposiciones pertenecen a sistemas normativos totalmente distintos en que ni siquiera exista riesgo potencial de colisión. En este caso, si ambas disposiciones se encuentran comprendidas en esquemas totalmente independientes regulatorios de materias distintas; incluso, cuando una de ellas pertenece a un sistema especial de regulación, ni siquiera cabe formularse dudas acerca de la aplicación.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico pueden coexistir normas generales y especiales; generales inter pares que pertenezcan a sistemas jurídicos diferentes; así como normas generales y especiales enmarcadas en esos sistemas aislados. Bien podría plantearse disposiciones por cuyo silogismo y objeto guarden relación entre sí, pero la ubicación de cada una dentro del sistema normativo las separa, por lo que en realidad la aplicación de una jamás puede

colidir y ofrecer un resultado distinto con respecto a la otra; su ubicación las separa por completo en razón de la diferenciación del orden sectorial en el cual cada una ejerce su ordenación.

Se hace referencia a la mención expuesta debido a que las disposiciones contenidas en el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo, y el cardinal 1, del artículo 30, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, se encuentra comprendidas en sistemas distintos que ni siquiera se encuentran tangencialmente.

La disposición contenida en la Ley Orgánica del Trabajo establece una serie de previsiones referentes a las obligaciones derivadas de la relación obrero-patronal, sin especificar los fines para los cuales deben cumplirse. En cambio, la previsión del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat sí establece una correlación específica para los cuales debe destinarse los aportes tanto de los trabajadores como de sus empleadores; señalando que se encuentran destinados exclusivamente a la conformación del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

En efecto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat es el instrumento especial que se encuentra insertado dentro del marco de la estructura legal de leyes que integran el sistema de la seguridad social, el cual, tiene por normativa marco el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema de la Seguridad Social (Decreto N° 6.243 del 22 de julio de 2008).

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat es la ley especial que integra el sistema especial de la seguridad social, conformado por una estructura específica de leyes destinadas a la conformación del modelo prestacional del Estado para el establecimiento del fondo contentivo de los recursos objeto de la función prestacional y el régimen normativo vinculado a la recepción, manejo y erogación de capitales para la satisfacción de necesidades en esta materia. Al respecto, la exposición de motivos del presente Decreto Ley es muy clara al determinar la especificidad de los aportes, su destino, y el empleo de los mismos únicamente para la adquisición de vivienda:

“Los usuarios podrán usar los ahorros que tengan en este Fondo para el financiamiento, compra, construcción, sustitución, restitución, reparación o remodelación de su vivienda principal; el refinanciamiento o pago de hipoteca; o para cualquier otra actividad relacionada con el objeto de la Ley, incluso podrán cederlos total o parcialmente, por ejemplo, a sus familiares más cercanos, quienes también los recibirán en caso de fallecimiento del trabajador”.

El objeto y la finalidad del artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, es completamente distinto a lo dispuesto en el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo.

Tal ha sido el esclarecimiento que esta Sala dio sobre los aspectos controvertido sobre la naturaleza de los aportes destinados al sistema de vivienda y hábitat cuando analizó en la sentencia N° 1771/2011 que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria; sino que son una modalidad de ahorro que puede estar a disposición de los trabajadores para la adquisición o remodelación de viviendas, por lo que el uso facultativo de los fondos para esa finalidad hacía de por sí que dicha obligación no sea de naturaleza tributaria.

En efecto, la naturaleza del aporte al Fondo Obligatorio para el Ahorro de Vivienda (FAOV), conforme lo establece el artículo 30 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley

del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, es inherente a una modalidad de ahorro, entendida como una obligación administrativa que exige la realización de un aporte con la posterior facultad para el trabajador de disponer de los ingresos acumulados, sin que ello se confunda con sometimiento alguno a la potestad tributaria que tiene el Estado para exigir contribuciones fiscales destinadas a la manutención de las cargas públicas.

Esta noción difiere notoriamente de lo dispuesto por el artículo 133.4 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo precepto está referido a la base imponible sobre la cual se practica la exacción de los tributos, entendida bajo la sustracción definitiva de cierta parte del capital del contribuyente a favor del Fisco Nacional para el pago de tasas, impuestos o contribuciones tributarias para los fines inherentes del Estado, incluyendo su funcionamiento, siendo esta última disposición dispar a la anterior por ser propia del régimen fiscal. Así, en el primer supuesto se está ante un sistema de ahorro ajeno al sistema tributario, mientras que la segunda norma sí forma parte de este último.

Al disponer una clara diferenciación con respecto a la naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda y hábitat bajo la modalidad de ahorro, se determina con claridad que la norma especial en la materia no colide de manera alguna con la Ley Orgánica del Trabajo, por estar relacionada al régimen tributario referente al cómputo para los aportes destinados a sufragar tasas, impuestos y contribuciones especiales.

Se observa que al pertenecer dichas normas a dos sistemas diferentes —una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat— determina que no existe contradicción alguna entre ellas. En el presente caso, no existe ninguna antinomia en el sentido abstracto de ambas normas, y ni siquiera puede darse una colisión en su exteriorización o aplicación por comprender dos regímenes totalmente distintos.

El argumento sostenido por las demandantes para sostener la existencia de la colisión incurre en una causa falsa por cuanto la sola existencia de ambas disposiciones no puede generar un punto de encuentro en su ejecución, y su conformación normativa no establece ningún tipo de contradicción en cuanto a sus supuestos, objeto y consecuencia jurídica. Resulta evidente que el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo, tiene su ámbito perfectamente determinado al aplicarse específicamente al cúmulo de las obligaciones pecuniarias derivadas de la relación de trabajo; mientras que la previsión normativa del artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat abarca como norma especial la esfera de la seguridad social para vivienda y hábitat, como parte del sistema de la seguridad social, el cual, es un sistema normativo distinto al régimen laboral.

Lo pretendido por las partes demandantes incurre en lo que esta Sala ha denominado “colisión de sistemas normativos” (*Vid.* s. S.C. N° 356 del 11 de mayo de 2000) en los cuales se trata de comparar de manera aislada dos normas que en cuyo contexto podría arrojar una antinomia; no obstante, al constatar que tales preceptos pertenecen a sistemas distintos y su campo de aplicación resulta uno ajeno del otro, dilucida la falta de colisión.

Al respecto, en sentencia (s. S.C. N° 1402 del 4 de julio de 2007), siguiendo el mismo lineamiento de la sentencia N° 356/2000, se determinó:

“A juicio de esta Sala, las normas contenidas en los señalados artículos, forman lo que en doctrina se conoce como “colisión de sistemas normativos”, que serían los casos de conjuntos de normas que rigen una materia determinada que, en abstracto, integran un cuerpo coherente, pero que, al ser comparadas con otras normas que regulan una situación igual o análoga, se hacen discordantes, de tal forma que la aplicación de uno de los dos sistemas podría

generar la violación del sentido y alcance del otro régimen jurídico que coexiste con aquél. No obstante, en particular, ni regulan en forma diferente una misma hipótesis, ni la aplicación de una de las normas impide la ejecución de la misma, lo cual es, verdaderamente, la naturaleza de la colisión de normas”.

Con base en lo expuesto, se determina la inexistencia de la aludida colisión normativa, razón por la cual, esta Sala así lo declara. Así se decide.

## 2. *Actuaciones Internacionales de la Republica*

### A. *Tratados internacionales: Actos ratificatorios*

**TSJ-SPA (249)**

**21-3-2012**

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA)

**Tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.**

.....Como puede observarse, el mencionado Coordinador de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), se dirigió al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los fines de solicitar información en relación con el trámite llevado por ese Despacho para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, solicitud frente a la que -a su decir- no obtuvo respuesta alguna.

Al respecto, dado que ya esta Sala emitió pronunciamiento en lo atinente a la celebración y entrada en vigencia de los tratados internacionales, se considera necesario referir dicho pronunciamiento, el cual es del tenor siguiente:

*“...considera la Sala necesario traer a colación lo dispuesto en la Convención de Viena, específicamente, su Parte II, referida a la 'Celebración y entrada en vigor de los tratados', Sección Primera, 'Celebración de los Tratados', punto N° 11, en la cual se prevé lo siguiente:*

**'11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado:** *El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.' (Resaltado del texto).*

*Asimismo, los puntos Nros. 14 y 16, de la mencionada Sección Primera, disponen lo que a continuación se transcribe:*

**'14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:**

*a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;*

*(...omissis...)*

**16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión.** Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

(...omissis...)

b) su depósito en poder del depositario; (...)' (Resaltado del texto).

Tales disposiciones contemplan de manera general las formas en las que un Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado internacional, entre ellas se encuentran: la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión; estableciendo los supuestos que deben darse para cada una de estas formas de consentimiento.

Así, dispone dicha Convención que cuando se manifiesta el consentimiento mediante la ratificación, aceptación o aprobación, tal circunstancia debe contemplarla el texto del tratado, y se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento de ratificación [o de adhesión] ante el organismo correspondiente". (Negritas de la cita).

De modo que, de conformidad con lo dispuesto en el fallo parcialmente citado, atendiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, consentimiento que se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento ante el organismo correspondiente.

En el caso bajo estudio, se observa que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

*"Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión*

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.

2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.

4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas" (Destacado de la cita)

Como puede apreciarse, el referido Protocolo Facultativo quedó sujeto a la ratificación o adhesión de cualquier Estado que hubiere firmado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarían en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Ahora bien, para el momento en que se interpuso el recurso por abstención bajo análisis -9 de noviembre de 2010- Venezuela aún no había suscrito el aludido Protocolo Facultativo adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, lo cual se llevó a cabo recientemente -4 de octubre de 2011-. .....

En ese contexto, debe la Sala referir nuevamente al fallo en el que analizó el procedimiento para la formación de los tratados en la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, en el caso de autos, la parte actora solicita información sobre el trámite para la "ratificación del Protocolo Facultativo". Así, se estableció en esa decisión que:

*“...por lo que al procedimiento respecta, la doctrina patria ha indicado que éste comprende 'varias etapas que exigen la intervención de voluntades correspondientes a órganos estatales diferentes y que culmina cada una con un acto jurídico determinado'. Dichas etapas son las siguientes: 'Celebración o adhesión'; 'Aprobación' que incluye: 'Discusión, Sanción, Promulgación y Publicación'; 'Exequibilidad, Ratificación, Canje o Depósito'.*

*Con relación a la aprobación -segunda etapa en la formación de los tratados-, la doctrina la define como 'aprobación legislativa' la cual a su vez consta de varios pasos -tal como se señaló con anterioridad- que comienzan con la presentación del proyecto del tratado ante la Asamblea Nacional y culminan con la publicación de una ley formal denominada 'Ley Especial Aprobatoria del Tratado Internacional', de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

*En lo que concierne a 'la naturaleza jurídica de la Ley Aprobatoria', se ha sostenido que dicho instrumento jurídico no puede entenderse como un acto de aprobación del tratado, sino como una autorización del Parlamento que habilita al Presidente de la República para ratificar el mismo.*

*En lo que atañe a la ratificación, esta ha sido concebida por la doctrina venezolana como el acto jurídico por el cual el Primer Mandatario Nacional actuando no como Jefe del Ejecutivo, sino como Jefe de Estado, hace efectivo, en la esfera internacional, el consentimiento del Estado de asumir como sujeto de Derecho Internacional Público, las obligaciones y derechos que constituyen el contenido del proyecto del tratado. Aclara igualmente la doctrina que 'la ratificación del tratado es un acto diferente de la promulgación de la ley aprobatoria, que es el acto jurídico mediante el cual el Presidente de la República, actuando como Jefe del Ejecutivo concurre a la formación de la ley aprobatoria del tratado'.*

*Finalmente, se entiende por canje o depósito, 'el acto jurídico mediante el cual se lleva a conocimiento de él o de los demás sujetos del Derecho Internacional Público, signatario del tratado, la voluntad de obligarse del Estado'.*

*Aplicando los postulados antes expuestos, cabe precisar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 236, al hacer mención a las atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República, dispone lo siguiente:*

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

**4.** *Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.'*

*En este mismo contexto, los artículos 154 y 217 de la Carta Magna prevén que:*

**'Artículo 154.** *Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.'*

**'Artículo 217.** *La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.'*

*De las normas transcritas, se desprende que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva de manera exclusiva en el Presidente de la República, la dirección de las relaciones internacionales, así como también la celebración y ratificación de los tratados, acuerdos o convenios internacionales; funciones éstas que ejerce de manera discrecional y de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República para la realización de tales actos.*

*Igualmente, de las disposiciones constitucionales ya referidas se evidencia, que antes del acto de ratificación de un tratado o convenio internacional por parte del Primer Mandatario Nacional, el Poder Legislativo deberá aprobar dicho Instrumento Internacional, mediante la publicación en la Gaceta Oficial de la Ley Aprobatoria del tratado o convenio, la cual contendrá el texto íntegro del mismo” (Negrillas de la cita).*

Conforme con la sentencia antes citada, la formación de un tratado internacional constituye un acto complejo conformado por la celebración o suscripción del acuerdo, aprobación - que incluye la discusión, sanción, promulgación y publicación de la Ley Aprobatoria del Tratado por la Asamblea Nacional- y la ratificación, canje o depósito como manifestación de la voluntad del Estado en obligarse, frente a los demás sujetos del Derecho Internacional Público.

Igualmente, se desprende de la decisión *supra* citada, tomando en consideración los artículos 154, 217 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República....

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y ejecución de decisiones de los organismos internacionales*

**TSJ-SPA (165)**

**6-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

**La Sala Político Administrativa señala que si bien la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconoce el carácter jurisdiccional de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser el Pacto de San José un tratado internacional de derechos humanos, el cual conforme al contenido del artículo 23 constitucional y a la jurisprudencia de la mencionada Sala, no tiene rango supraconstitucional; resulta necesario que previamente a la ejecución de los fallos dictados por dicha Corte, se verifique la conformidad de los mismos al ordenamiento constitucional y legal venezolano y la ausencia de violación alguna a la soberanía nacional.**

1. Falta de aplicación del aparte único del artículo 31 de la Constitución y de los artículos 62, numerales 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto a esta denuncia, la parte accionante afirma que el Estado venezolano se encuentra comprometido a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en los cuales sea parte, como ocurre en la sentencia dictada por ese órgano en enero de 2009, caso *Gabriela Perozo, Aloys Marín, Oscar Dávila Pérez y otros*, contra la República Bolivariana de Venezuela, en la cual “declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano por las agresiones sufridas en contra del derecho humano a la libertad de expresión de trabajadores del canal Globovisión”.

Sostienen las apoderadas actoras que en el fallo apelado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, invocando erróneamente el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -referido al tema de la integración económica regional- omitió aplicar el aparte único del artículo 31 del Texto Constitucional y los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al concluir que la aludida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es de aplicación inmediata a Venezuela y que dicha Corte no tiene competencia para “inmiscuirse” en la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela; con lo cual suprimió “inconstitucionalmente la obligatoriedad de cumplimiento de las decisiones de la CIDH”.

Por su parte, en la sentencia impugnada la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia de la presunta violación del artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con base al criterio vinculante de la Sala Constitucional (Véase Sentencia N° 1.942 de 15 -7-2003 en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 pp. 136 y ss.) en el que se establecieron los principios rectores de la ejecución de las decisiones emanadas de órganos internacionales. En aplicación de dicho criterio la mencionada Corte concluyó respecto a este punto en su decisión, que las providencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son de aplicación inmediata por parte de los entes y órganos del Poder Público venezolano, por no detentar esta última el carácter de un órgano jurisdiccional supranacional.

Ahora bien, el artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

El primer aparte de la norma transcrita, consagra el derecho que tienen las personas a dirigir peticiones ante los órganos internacionales, conforme a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de obtener el amparo de sus derechos humanos; mientras que el segundo aparte se encuentra referido a la adopción por parte del Estado venezolano de las medidas necesarias para cumplir las decisiones emanadas de los mencionados órganos, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley.

Igualmente, los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevén lo siguiente:

“Artículo 62.

(...*omissis*...)

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes, en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

“Artículo 68.

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencia contra el Estado”.

Los artículos citados establecen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para interpretar y aplicar las normas del Pacto de San José de Costa Rica, “...siempre que los Estados Partes, en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...”, así como también prevén la obligación de los Estados Partes de cumplir las decisiones de la prenombrada Corte y la ejecución de las indemnizaciones compensatorias contenidas en tales decisiones, de acuerdo al “...procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencia contra el Estado...”.

En este contexto, resulta pertinente invocar el contenido de la sentencia N° 1.942 dictada el 15 de julio de 2003 por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, (Véase Sentencia N°1.942 de 15 -7-2003 en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 pp. 136 y ss.) citada en el fallo apelado

La sentencia de la Sala Constitucional parcialmente transcrita hace un análisis pormenorizado del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que determina la prevalencia de las interpretaciones que emanan de esa Sala como máximo y último intérprete de la Constitución venezolana, respecto a la vigencia y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno de las normas creadoras de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales.

Asimismo, hace referencia la Sala Constitucional en su sentencia a los diversos organismos internacionales (supranacionales, multinacionales, transnacionales y a una cuarta categoría de órganos internacionales que ejercen la jurisdicción para resolver litigios al menos entre dos países) que emiten actos jurisdiccionales cuya ejecución en el país se encuentra sujeta al carácter con el cual actúan; enfatizando la Sala que “...las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución...”, pues lo contrario implicaría renunciar a la soberanía nacional y, por tanto, tales decisiones serían inejecutables en el país.

Insiste la prenombrada Sala, en el respeto al derecho interno y el agotamiento de la jurisdicción interna como “valores constantes” para que proceda la ejecución de las decisiones emanadas de los organismos jurisdiccionales, supranacionales, transnacionales o internacionales, conforme a lo previsto en los artículos 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 41, numeral 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del mismo modo, en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el alcance de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe hacer referencia al criterio establecido por la Sala Constitucional (Véase Sentencias N° 1939, de 18-12-2008, *Revista de Derecho Público* N° 116 de 2008 pp. 88 y ss y en N° 1.547 de 17-8-2011 en *Revista de Derecho Público* N° 128 de 2011 pp. 174 y ss).

“...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.

(...*omissis*...)

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

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

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

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘supraconstitucional’, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, 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 N° 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, 'deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares...'. (Destacados del texto)

Conforme a lo antes expuesto, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, dado el carácter coadyuvante o complementario que respecto a dicho ordenamiento tiene la protección internacional derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el preámbulo del aludido instrumento internacional.

Igualmente, visto que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no otorga rango supranacional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, corresponde al Poder Judicial determinar las antinomias o contradicciones entre las disposiciones constitucionales y una norma de un pacto internacional, atendiendo a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional como máximo intérprete del Texto Fundamental.

Así las cosas, si bien la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconoce el carácter jurisdiccional de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser el Pacto de San José un tratado internacional de derechos humanos, el cual conforme al contenido del artículo 23 constitucional y a la jurisprudencia de la mencionada Sala, no tiene rango supraconstitucional; resulta necesario que previamente a la ejecución de los fallos dictados por dicha Corte, se verifique la conformidad de los mismos al ordenamiento constitucional y legal venezolano y la ausencia de violación alguna a la soberanía nacional.

En atención a las premisas antes esbozadas, estima este Alto Tribunal que previo al cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos el 28 de enero de 2009, referida por los accionantes, es necesaria la revisión de su conformidad con el ordenamiento jurídico interno, lo cual no corresponde analizar en esta etapa cautelar, sino en la oportunidad de resolver el fondo del asunto planteado. Será en esa ocasión cuando se examinará si hubo un verdadero agotamiento de las vías internas y se determine que el cumplimiento del fallo referido no implica la violación de la soberanía estatal y los derechos humanos de otros grupos o personas consagrados en dicho ordenamiento.

Adicionalmente, aprecia la Sala que si bien en la mencionada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron establecidas una serie de actuaciones por parte del Estado venezolano con relación a las personas solicitantes de protección ante ese organismo; en esa oportunidad, en la decisión que resuelva el recurso contencioso administrativo de nulidad, deberá analizarse si la aludida decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos guarda relación directa con los hechos sobre los cuales se basa la acción ejercida en el caso concreto y, en consecuencia, si es aplicable a los actores; advirtiéndose que las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos no son aplicables a las personas jurídicas.

En razón de lo anteriormente expuesto, esta Sala declara improcedente la falta de aplicación del aparte único del artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por las apelantes. Así se declara.

## 2. *Garantías Constitucionales*

### A. *Tutela judicial efectiva*

**TSJ-SC (145)**

**23-2-2012**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Rafael Antonio Velásquez Becerra

**Uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.**

Mediante la sentencia N° 66, dictada por esta Sala el 14 de febrero de 2012, se admitió la demanda por intereses colectivos y difusos presentada por el ciudadano RAFAEL ANTONIO VELÁSQUEZ BECERRA, titular de la cédula de identidad número 4.131.712, actuando en su propio nombre, contra la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD y, al mismo tiempo, se acordó cautelarmente la suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes de las elecciones primarias celebradas por la denominada Unidad Nacional en Venezuela el 12 de febrero de 2012.

Dicha medida cautelar se basó en la eventual irreparabilidad de los derechos denunciados como vulnerados en virtud de la inminencia de la destrucción de los cuadernos electorales, anunciada por la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad. Por ello, se ordenó a la referida Comisión, en la persona de su Presidenta, la ciudadana CARMEN TERESA ALBANEZ BARNOLA, que hiciera entrega de los referidos cuadernos a las diversas Direcciones Regionales del Consejo Nacional Electoral, en un lapso no mayor a las 24 horas contadas a partir de la notificación del referido fallo.

Ahora bien, el propio 14 de febrero de 2012, se hizo constar en autos diligencia suscrita por el Alguacil Auxiliar de esta Sala, en la que se estableció lo siguiente:

“En el día 14 de febrero del presente año, me traslade al domicilio procesal de la ciudadana Teresa Albanez, Presidenta de la Comisión de la Mesa de la Unidad, ubicado en la Urbanización el Bosque, Casa Podemos, Caracas, a objeto de hacerle entrega del oficio N° TS-SC-12-015, de fecha 14/02/2012, con decisión N° 66 de fecha 14/02/2012, en la acción de amparo conjuntamente con medida cautelar innominada interpuesta por el ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra, contenido en el expediente identificado por la Sala con el N° 2012-0219. En la citada dirección, fui informado por un ciudadano, que se negó a identificarse, el cual me informó que la ciudadana Teresa Albanez se encontraba reunida con un grupo de personas, por lo que procedí a esperar se desocupara. Posteriormente, al pasar aproximadamente cuarenta (40) minutos, me dirigí a preguntar de nuevo por la referida ciudadana y fui informado que ya se había retirado, lo que conllevó que dejara copia del oficio en la puerta de dicho inmueble”.

Paralelamente y conforme a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordenó su publicación en el portal electrónico de este Máximo Tribunal, complementándose así las exigencias legales para que la demandada se tuviera como notificada de la demanda, su admisión y la medida cautelar acordada. De igual forma, se observa que, en esa misma oportunidad, el accionante, ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra informó, a través de los medios de comunicación, el contenido de la medida cautelar acordada.

En este sentido, constituye un hecho notorio comunicacional que una vez que fue publicada la referida sentencia contentiva de la medida cautelar, su contenido se difundió a través de los diversos medios de comunicación, así como de las denominadas redes sociales, con lo cual, el propio 14 de febrero de 2012, era de dominio público que esta Máxima Instancia Jurisdiccional había acordado la protección del material electoral utilizado el 12 de febrero de 2012.

Es decir, que el mismo 14 de febrero de 2012, la comunidad nacional sabía de la decisión cautelar dictada por esta Sala. A ello, se suma el hecho que, de acuerdo a lo expuesto, para el momento en que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD conoció de las presentes actuaciones, no habían transcurrido las 48 horas luego de las cuales debía destruirse el material electoral, por lo que resulta patente que no sólo se violó la normativa que se había dictado para reglamentar el proceso de las primarias, sino que se desconoció el mandato cautelar que era, incluso, de conocimiento público.

Tal situación, evidencia que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD incumplió con la cautelar dictada por esta Sala, lo cual, además, es un desacato susceptible de sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley que rige las funciones de este Supremo Tribunal, que afecta gravemente el carácter ejecutorio de las sentencias, en cuanto a garantías básicas de toda Administración de Justicia y, al mismo tiempo, a la institucionalidad y la garantía de juridicidad a la cual se encuentran sometidos los particulares y el propio Estado.

Efectivamente, uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.

En consecuencia de lo expuesto y atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido en el presente expediente, se impone a la Presidenta de la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD, ciudadana CARMEN TERESA ALBANEZ BARNOLA, titular de la cédula de identidad número 2.118.020, multa de 200 unidades tributarias, equivalente a quince mil doscientos bolívares (Bs. 15.200,00 calculados según la unidad tributaria vigente para cuando ocurrió el desacato), correspondientes al límite máximo establecido en el referido artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ello atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la tutela cautelar dictada.

La multa impuesta será pagada a favor de Tesorería Nacional, en cualquier institución financiera receptora de fondos públicos. En tal sentido, la parte sancionada deberá acreditar el pago mediante la consignación en autos del comprobante correspondiente, ante el órgano jurisdiccional señalado como presunto agravante, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Asimismo, la multa podrá ser reclamada por escrito ante esta Sala dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, se ordena remitir al Ministerio Público copia certificada de la presente decisión, así como de la sentencia dictada el 14 de febrero de 2012, para que determine la eventual responsabilidad penal a que hubiere lugar a consecuencia del desacato que motiva la presente decisión.

B. *Las garantías del debido proceso*

a. *Silencio de pruebas*

**TSJ-SPA (220)**

**15-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

**La Sala destaca que el silencio de prueba se verifica cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión.**

Las apoderadas actoras aducen la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues dicho órgano jurisdiccional consideró que la legalidad de las transmisiones del canal Globovisión acerca de los hechos acontecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo, dependía de si estaban o no respaldadas por las declaraciones de los órganos oficiales competentes, limitando de esta forma los derechos a la libertad de expresión e información al contenido emitido por dichos órganos; en contravención a lo establecido por la Sala Constitucional en su fallo N° 1.013 del 12 de junio de 2001.

Afirman que el silencio de pruebas deriva de no haberse considerado en el fallo apelado, las pruebas contenidas en el expediente administrativo tendientes a demostrar que sus representadas no incurrieron en las infracciones imputadas por la Administración, “pues las declaraciones de los familiares y demás personas relacionadas con los privados de libertad del (sic) Rodeo se encuentran plenamente protegidas por el derecho a la libertad de expresión”, más aun “ante la falta de información oficial”.

Sostienen que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) sólo valoró la programación del canal Globovisión, y un “(...) ‘Informe de análisis de discurso de la representación televisual facturada por Globovisión durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 relativa a la re-toma de las penitenciarías El Rodeo I y II por parte del Estado venezolano’ realizado supuestamente por el ciudadano Luis Delgado (...) que no tiene valor probatorio alguno, pues no se dio cumplimiento al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, visto que no fue debidamente ratificado por su presunto autor”.

Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia del alegato de la parte recurrente, al estimar que de autos no se evidencia algún elemento probatorio que demostrase que las imágenes difundidas durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 por el canal Globovisión no fueron editadas o transmitidas de forma reiterada, así como tampoco que la información transmitida en su contenido haya sido veraz por no contar con el respaldo de una información oficial emitida a través de las autoridades compe-

tentes "...como conocedores y protagonistas de la situación real de lo acontecido...". Igualmente, apreció la prenombrada Corte la existencia de una contradicción en los alegatos de los accionantes, "... al señalar por una parte que durante sus transmisiones emiten información veraz y efectiva, no incurriendo en infracción alguna y reconociendo por la otra, que dicha información no parte de una fuente oficial emitida a través de las autoridades competentes, limitándose a señalar que su acceso a la misma fue restringido, sin fundamento probatorio alguno que permita sustentar dichas afirmaciones...".

De esta manera, observa esta Alzada que el alegato concerniente a la supuesta sujeción del derecho a la libertad de expresión a la información emanada de órganos oficiales, obedece a una extracción literal de los apelantes sobre lo expuesto por el A quo en su decisión, en cuanto a los hechos atribuidos por la autoridad administrativa a los recurrentes.

Ciertamente, una lectura integral del análisis realizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su razonamiento para alcanzar el fallo impugnado, permite concluir que lo señalado por dicho órgano jurisdiccional se corresponde con la falta de veracidad de los mensajes transmitidos, únicamente a partir de las declaraciones de los familiares o de imágenes captadas durante los acontecimientos por el canal Globovisión, sin que éstos estuviesen aparejados o respaldados por datos emitidos por los órganos competentes como fuentes de información, lo cual es precisamente uno de los puntos controvertidos en el caso de autos y que corresponderá examinar en la sentencia de fondo, conforme a los parámetros que deben regir el manejo responsable de las informaciones por parte los distintos medios de comunicación.

Igualmente, se observa que lo indicado por la aludida Corte derivó de la ausencia de elemento probatorio alguno que demostrase, en la etapa cautelar, que los accionantes no hubiesen cometido las faltas atribuidas a ellos por la Administración, en cuanto a la presunta reiteración y edición de las imágenes, falta de transmisión de información oficial, exacerbación de la realidad y manejo de la información acerca de la intervención de las autoridades.

En este sentido, advierte esta Alzada que la parte apelante no menciona específicamente en su escrito, cuáles pruebas no fueron valoradas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado con relación al falso supuesto de hecho alegado por los actores y que, según afirman, ponen de manifiesto el silencio de pruebas en el cual incurrió el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Al respecto, de las copias del expediente remitidas a esta Alzada, se observa la inexistencia de algún medio probatorio aportado en la fase cautelar, a fin de evidenciar la configuración del falso supuesto de hecho y el silencio de pruebas que -a decir de la parte actora- vician la Providencia Administrativa impugnada.

Sin embargo, de la copia del texto del acto recurrido (folios 508 al 601) observa esta Sala que en los Capítulos IV y V de su decisión, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) relacionó los medios probatorios aportados a los autos por los accionantes y el valor que apreció en cada una de dichas pruebas.

Asimismo, se aprecia al punto Octavo de la Providencia recurrida, relativo a la "REVISIÓN DE LOS HECHOS Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS", que el referido Directorio de Responsabilidad Social desechó la prueba de Informes Civiles identificadas con la letras "A", "B", "C", "D", "E" y "F", presentadas por la parte actora con el objeto de demostrar el alcance, el impacto social, la importancia y la

cobertura en diversos medios comunicación acerca de los hechos suscitados en El Rodeo, por cuanto no se encontraba cuestionado en el procedimiento administrativo la trascendencia de tales hechos.

Por otra parte, se observa a los fines de determinar si los hechos imputados a la parte recurrente se subsumían en los supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que el aludido Directorio procedió a analizar "...el contenido de los mensajes difundidos por GLOBOVISIÓN, durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011, con especial atención a las declaraciones transcritas en la Providencia Administrativa Nro. 1.839 de fecha 30 de junio de 2011 y a los micros allí indicados, para ellos nos valemos de las pruebas valoradas, consideradas pertinentes y relacionadas con el caso..."; de lo cual se evidencia *prima facie* que la Administración tomó en consideración y valoró las probanzas aportadas por las partes en el iter procedimental, concluyendo en el caso bajo examen haberse verificado los supuestos de hecho establecidos en la referida norma.

Sobre este último aspecto, cabe señalar que aun cuando los órganos administrativos tienen el deber de analizar todas las pruebas cursantes en el expediente administrativo, en aras de garantizar los derechos a la defensa y al debido proceso de los administrados, ello no significa que la autoridad administrativa deba hacer una valoración exhaustiva de todos y cada uno de los elementos cursantes en el expediente, pues lo relevante de tales elementos es su idoneidad para probar elementos que guarden relación con los hechos debatidos en el curso del proceso; por tanto, en criterio de esta Sala, existe silencio de prueba cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión. (Vid., entre otras, sentencia N° 135, publicada el 29 de enero de 2009, de esta Sala Político-Administrativa.).

Por lo expuesto, estima este Alto Tribunal que el fallo apelado no incurre en la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional ni en el vicio de silencio de pruebas alegados por las apelantes, pues con su análisis no sujetó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información al respaldo de la información oficial, sino que dicho órgano jurisdiccional basó el examen de los argumentos relativos al falso supuesto de hecho y al silencio de pruebas aducidos por la parte actora contra el acto recurrido, en los elementos cursantes en autos en la etapa cautelar y, a lo determinado por la Administración en la Providencia impugnada. Así se declara.

b. *Juez natural independiente e imparcial*

**TSJ-SPA (165)**

**6-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

**La relación jerárquica entre los órganos que integran las ramas del Poder Público, en el caso concreto, los órganos del Poder Ejecutivo, no implica per se, la eventual facultad del órgano superior de ejercer algún tipo de injerencia o control sobre el inferior; así como tampoco resulta determinante la conformación interna del Directorio de la Responsabilidad Social -integrado, en su mayoría, por órganos y entes públicos- para aseverar la falta de imparcialidad del mismo en la toma de decisiones en materia sancionatoria.**

Arguyen las apoderadas judiciales de la parte actora que según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 49 del Texto Constitucional, toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, sea administrativo o judicial, por una autoridad “independiente e imparcial”.

Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpretó de forma errada el mencionado postulado constitucional, pues se limitó a afirmar que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, la competencia para imponer las sanciones previstas en ese cuerpo normativo corresponde al Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), “como si la competencia del órgano subsanara cualquier falta de independencia o imparcialidad en su ejercicio”.

Asegura que en la decisión apelada se confundieron los referidos conceptos de independencia e imparcialidad, “omitiendo completamente el hecho de que Conatel y el Directorio son algunos de los órganos que utiliza el Ejecutivo Nacional para amedrentar a [sus] empresas representadas, ordenándoles la apertura indiscriminada y sin fundamento de procedimientos sancionatorios”.

Que el control ejercido por el Presidente de la República sobre el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se evidencia por la forma como dicho órgano está estructurado, pues de sus doce (12) miembros, ocho (8) son órganos del Poder Ejecutivo cuyos titulares son nombrados por este último, esto es, el Director de la referida Comisión y un representante de las siguientes instituciones: “Ministerio para la Comunicación y la Información, Ministerio para la Cultura, Ministerio de Educación y Deporte, Ministerio en materia de Pueblos Indígenas; (...) órgano con competencia en materia de protección al consumidor, Instituto Nacional de la Mujer [y] Consejo Nacional de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

De los alegatos expuestos, se infiere la intención de las apelantes de denunciar el error de interpretación de una norma constitucional en que -a su decir- incurrió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la oportunidad de decidir el amparo cautelar solicitado; razón por la cual resulta necesario hacer referencia preliminarmente a lo establecido por esta Sala, en relación al falso supuesto de derecho como vicio de la sentencia. Así, mediante decisión de febrero de 2008, ratificada por el fallo de agosto de 2011, esta Sala se pronunció de la manera siguiente:

“Al respecto, resulta menester acotar que de acuerdo a pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el vicio de suposición falsa en las decisiones judiciales se configura, por una parte, cuando el Juez, al dictar un determinado fallo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho. Por otro lado, cuando los hechos que sirven de fundamento a la decisión existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero el órgano jurisdiccional al emitir su pronunciamiento los subsume en una norma errónea o inexistente en el derecho positivo, o incurre en una errada interpretación de las disposiciones aplicadas, se materializa el falso supuesto de derecho.

Partiendo de tal marco teórico y a fin de responder al alegato formulado, se impone en primer lugar destacar que en el ámbito de los poderes del Juez contencioso administrativo en el otorgamiento de medidas cautelares, se han definido una serie de limitaciones al momento de efectuar el análisis de la pretensión cautelar, partiendo del carácter accesorio, provisorio y reversible de las medidas de tal naturaleza.

Así, lo que se persigue del Juez en el examen de la procedencia de una acción de amparo conjunto o de una solicitud de suspensión de efectos como las que ha formulado la representación de (...), no es sino un estudio preliminar sobre las probabilidades de éxito del justiciable con base en los argumentos en los que aquél soporta la necesidad o conveniencia de suspender temporalmente los efectos propios de un acto que goza de una presunción de legalidad; estudio que habrá de realizarse bajo un esquema de serias conjeturas o deducciones y una técnica de provisionalidad.

De esta forma, el Juez analiza y, de ser el caso, declara la existencia de una presunción de quebrantamiento de los derechos o garantías constitucionales invocados por el actor, partiendo del soporte no sólo fáctico sino jurídico dado por aquél, pero sin resolver la litis, y conservando por ello una libertad plena para conocer y decidir, en su oportunidad, el mérito de la causa. En otras palabras, la decisión de la medida cautelar no implica que el Juez que conoce de la causa en cualquiera de sus instancias se aparte, más allá de lo conveniente para una adecuada y sana administración de justicia en sede cautelar, de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean el caso, siempre que ello no se traduzca en una declaratoria concreta respecto a la legalidad o no del acto impugnado, cuestión que sí constituiría un ‘prejuzgamiento’ respecto al fondo del juicio y contrario a los anotados caracteres de provisionalidad, reversibilidad y accesoriedad”. (Subrayado del texto y negritas de la Sala)

En el caso de autos, las apoderadas judiciales de la parte recurrente aseguran que al momento de resolver la petición cautelar la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpretó y aplicó de forma errónea el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, con el objeto de determinar si el referido órgano jurisdiccional incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho denunciado, es necesario atender al contenido de la norma invocada por la parte actora, la cual dispone lo siguiente:

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

(...)

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete”. (Destacado de la Sala)

Del encabezado de la norma parcialmente transcrita se evidencia la voluntad del Constituyente, de consagrar el debido proceso como uno de los elementos fundamentales a garantizar en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En múltiples ocasiones ha señalado la Sala que el referido postulado, además de abarcar el derecho a la defensa comprende una serie de garantías a favor del justiciable, siendo algunas de ellas: el acceso a la justicia, el ejercicio de los recursos legalmente establecidos, obtener una resolución de fondo jurídicamente fundada, un proceso sin dilaciones indebidas, la ejecución de las sentencias o de los actos administrativos según corresponda, la posibilidad de acceder al expediente y la oportunidad de ser oído. (Vid., entre otras, sentencia de junio de 2011)

Específicamente, el numeral 3 del citado artículo 49 del Texto Constitucional, hace referencia a la necesidad de que el Tribunal a cuyo conocimiento se somete una controversia esté establecido con anterioridad, sea competente, independiente e imparcial.

Por otra parte, el artículo 141 del Texto Constitucional dispone los principios rectores de la actividad administrativa, a saber: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función públi-

ca, con sometimiento pleno a la ley y al derecho; principios estos que se encuentran desarrollados en el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública el cual incluye, además, la imparcialidad de los órganos y entes administrativos.

Sin embargo, este último principio relativo a la imparcialidad tiene matices especiales en materia administrativa, pues como lo establece el artículo 18 del mencionado Decreto, “El funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública [está sujeto] a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos, compromisos de gestión y lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”; mientras que el artículo 23 *eiusdem*, prevé que “Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deberán efectuarse de manera coordinada, y estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”.

Bajo esta premisa, observa la Sala del escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad que con el fin de sustentar el *fumus boni iuris* que -a su decir- asiste a sus representados, las apoderadas judiciales de la parte actora alegaron la violación del derecho al “juez” imparcial. Al efecto, destacaron la supuesta “política de hostigamiento y amedrentamiento en contra del canal por el desagrado que le produce su línea editorial independiente al considerarla crítica de la gestión de gobierno”, así como el cuestionamiento por parte del Presidente de la República y de otros funcionarios que integran la Administración Pública Central y Descentralizada sobre la actividad desarrollada por el canal Globovisión, lo que -a su decir- denota la falta de imparcialidad del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por otra parte, se aprecia de la sentencia objeto de apelación que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desechó -en la etapa cautelar- el alegato de violación del derecho al “juez” natural e imparcial, por no configurarse -a su criterio- tal vulneración. Al respecto, sostuvo que el acto administrativo recurrido fue dictado por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), al cual la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, en su artículo 19, numeral 11, le asigna la potestad para iniciar de oficio o instancia de parte los procedimientos administrativos allí previstos así como aplicar las sanciones correspondientes, circunstancia que según aprecia dicha Corte garantiza la protección del aludido derecho.

De lo anterior evidencia la Sala, tal como lo advirtió la representación judicial de los recurrentes, que en su decisión la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo englobó en un solo concepto los presupuestos de competencia, independencia e imparcialidad que debe cumplir, en este caso, el órgano administrativo sancionatorio a los fines de garantizar el debido proceso a los administrados, sin hacer la respectiva distinción entre cada uno de ellos. Por esta razón, en principio, el fallo apelado estaría viciado de falso supuesto de derecho por interpretar erróneamente el órgano de la primera instancia judicial el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante lo señalado, y visto que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debió pronunciarse sobre el mencionado alegato, observa la Sala que los recurrentes fundamentan su denuncia de violación del derecho a un “juez” imparcial en la relación jerárquica administrativa existente entre la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República y el Directorio de Responsabilidad Social, como órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

A lo anterior, agregan que la referida Corte silenció las pruebas aportadas al expediente ilustrativas de “la política sistemática de hostigamiento que sigue el Gobierno Nacional en contra del canal Globovisión” y “cómo gran parte del aparato estatal se aboca en muchas ocasiones a promover la autocensura de [sus] mandantes, y a limitar ilegítimamente el ejercicio de la libertad de expresión”.

En este orden de ideas, aseguran ser “un hecho notorio comunicacional cómo el Presidente de la República y los funcionarios sobre los cuales ejerce control, bien sea a través de entes u órganos de la Administración Pública Central o Descentralizada, han repetido en infinidad de oportunidades que Globovisión es un canal crítico de la gestión de gobierno y que por ello debe ser repudiado y hostigado de diversas maneras”.

Dentro del mismo marco de alegaciones, señalan que “Ante ese discurso oficial y las distintas agresiones de diversa índole (a través de procedimientos administrativos, judiciales y agresiones verbales y físicas) de las que han sido objeto el canal, así como sus trabajadores en el transcurso de ya varios años, es notoria la falta de imparcialidad que el Directorio, como órgano de Conatel, ente adscrito a la Vicepresidencia de la República, órgano jerárquicamente inferior a la Presidencia de la República, tuvo en la aplicación de la sanción respectiva y así se evidencia del contenido de las declaraciones de distintos funcionarios públicos contenidas en los videos exhibidos ante Conatel durante el procedimiento administrativo, los cuales constituyen plenas pruebas que constan en el expediente administrativo y frente a las que la Corte Primera no emitió pronunciamiento alguno en la Decisión”.

En conexión con lo anterior, sostienen que el vicio de silencio de pruebas alegado deriva de la falta de pronunciamiento sobre el comunicado de fecha 21 de octubre de 2011, emanado de la “Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, donde se expresa la preocupación que de allí surge por la parcialidad del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) al imponer la sanción recurrida, en virtud de la conformación del Directorio y la forma como son designados sus miembros.

Ahora bien, sobre esta última denuncia es necesario destacar, en primer lugar, que la relación jerárquica entre los órganos que integran las ramas del Poder Público, en el caso concreto, los órganos del Poder Ejecutivo, no implica per se, la eventual facultad del órgano superior de ejercer algún tipo de injerencia o control sobre el inferior, en los términos planteados por los apelantes; así como tampoco resulta determinante la conformación interna del Directorio de la Responsabilidad Social -integrado, en su mayoría, por órganos y entes públicos- para aseverar la falta de imparcialidad del mismo en la toma de decisiones en materia sancionatoria.

Respecto a las probanzas que supuestamente no fueron analizadas en la sentencia apelada, se evidencia que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo apreció los elementos probatorios y determinó que los mismos no demuestran que “la Administración a través de su pronunciamiento haya infringido el derecho a ser juzgado por un juez natural e imparcial en la Providencia mediante la cual se impuso como sanción la multa”; sin necesidad de que deba hacer referencia expresa a cada una de las pruebas contenidas en el expediente ni a su valoración, por tratarse el asunto preliminarmente con ocasión de una solicitud cautelar.

Igualmente, cabe destacar que la imposición de la multa recurrida estuvo precedida por el trámite de un procedimiento administrativo iniciado con ocasión de la transmisión de los hechos suscitados en el Centro Penitenciario El Rodeo I y II, y concluyó con la emisión de un acto administrativo sancionatorio con base a lo previsto en normas de rango legal (artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos);

circunstancias estas que hacen presumir a la Sala que, en su actuación, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en ejercicio de sus facultades verificó un hecho objetivo y lo calificó como falta sancionable, conforme a lo previsto en el instrumento legal que rige sus funciones y previo el cumplimiento del procedimiento debido.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, debe la Sala desechar los vicios relativos al falso supuesto de derecho y al silencio de pruebas denunciados por la representación judicial de la parte actora. Así se declara.

**TSJ-SPA (220)**

**15-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de medida de suspensión de efectos.

**En el análisis de la violación del derecho a un juez natural alegado, la Sala señala que aun cuando los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos se encuentren igualmente contemplados en normas de carácter penal, ello no implica que para la configuración de tales supuestos se requiera previamente el agotamiento de un juicio penal, pues se trata de conductas cuya comisión genera una responsabilidad administrativa y, en otros casos, responsabilidad disciplinaria.**

10. Falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las representantes judiciales de los accionantes alegan la falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al derecho al juez natural, pues al resolver el vicio de incompetencia manifiesta denunciado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, solamente señaló que las atribuciones del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) se encuentran previstas en la Ley y que, en todo caso, no fueron aplicadas normas de carácter penal.

Afirman que la usurpación de funciones se configura al haber ejercido el aludido Directorio atribuciones propias del Poder Judicial, toda vez que los hechos imputados a sus representadas debían ser analizados por un órgano jurisdiccional a los fines de verificar si constituían o no ilícitos penales, “para que pueda proceder luego la Administración a sancionar los mismos hechos que se constituyen también en infracciones de carácter administrativo”.

Denuncian que existe una prejudicialidad penal respecto a la decisión que eventualmente tendría que emitir el Directorio de la Responsabilidad Social en el procedimiento cumplido en sede administrativa, especialmente, en cuanto a la instigación a delinquir, incitación al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, la apología del delito y la incitación al odio por razones políticas; conductas estas imputadas a sus mandantes.

Sobre este particular, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estimó que no se desprendía de autos que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) hubiese fundamentado su decisión en normas de carácter penal, sino que subsumió la conducta irregular en la normativa aplicable al caso, esto es,

el artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. Asimismo, consideró la prenombrada Corte que dicho órgano administrativo actuó de conformidad con las competencias atribuidas a éste en el mencionado texto legal.

En este contexto, resulta necesario citar el contenido de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 27. En los servicios de radio, televisión y medios electrónicos, no está permitida la difusión de los mensajes que:

1. Inciten o promuevan el odio y la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia.
2. Inciten o promuevan y/o hagan apología al delito.
3. Constituyan propaganda de guerra.
4. Fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público.
5. Desconozcan a las autoridades legítimamente constituidas.
6. Induzcan al homicidio.
7. Inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Los proveedores de medios electrónicos deberán establecer mecanismos que permitan restringir, sin dilaciones, la difusión de mensajes divulgados que se subsuman en las prohibiciones contenidas en el presente Artículo, cuando ello sea solicitado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en ejercicio de sus competencias, en cuyo caso se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 33 de la presente Ley.

Los proveedores de medios electrónicos serán responsables por la información y contenidos prohibidos a que hace referencia el presente artículo, en aquellos casos que hayan originado la transmisión, modificado los datos, seleccionado a los destinatarios o no hayan limitado el acceso a los mismos, en atención al requerimiento efectuado por los órganos con competencia en la materia.

Párrafo primero: los responsables de los medios electrónicos serán sancionados con multa desde cincuenta hasta doscientos Unidades Tributarias (50 hasta 200 U.T.), cuando violen cualquiera de las prohibiciones contenidas en el presente artículo.

Párrafo segundo: los proveedores de medios electrónicos que no atiendan las solicitudes realizadas por los órganos competentes a los fines de dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, serán sancionados con multa de hasta un cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos generados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción”.

“Artículo 29. Los sujetos de aplicación de esta Ley, serán sancionados:

1. Con multa de hasta un diez por ciento (10%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción, y/o suspensión hasta por setenta y dos horas continuas de sus transmisiones, cuando difunden mensajes que:
  - a. Promuevan, hagan apología o inciten a alteraciones del orden público;
  - b. Promuevan, hagan apología o inciten al delito;

- c. Inciten o promuevan el odio o la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia;
  - d. Promuevan la discriminación;
  - e. Que utilicen el anonimato;
  - f. Constituyan propaganda de guerra;
  - g. Fomenten la zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público;
  - h. Desconozcan las autoridades legítimamente constituidas.
2. Con revocatoria de la habilitación y concesión, cuando difundan mensajes que:
    - a. Promuevan, hagan apología, inciten o constituyan propaganda de guerra;
    - b. Sean contrarios a la seguridad de la Nación;
    - c. Induzcan al homicidio.

Igualmente serán sancionados con la revocatoria de la habilitación administrativa y concesión, cuando haya reincidencia en la sanción del numeral 1 de este artículo, referida a la suspensión hasta por setenta y dos horas continuas.

Las sanciones previstas en el numeral 1 serán aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social, de conformidad con el procedimiento establecido en esta Ley. La sanción prevista en el numeral 2 será aplicada por el órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en ambos casos la decisión se emitirá dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción del expediente por el órgano competente.

En todo caso, corresponderá a la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la sustanciación del expediente administrativo y regirán, supletoriamente, las normas sobre procedimientos previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

De esta manera, se observa que las normas transcritas prevén las sanciones que pueden ser aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) ante la configuración de las faltas contempladas en dichas normativa, tales como: la promoción o incitación a alteraciones al orden público, al odio o intolerancia por razones religiosas, políticas, diferencia de género, racismo o xenofobia, entre otros.

En este orden de ideas, debe indicarse, como bien lo ha hecho la Sala en otras oportunidades, que la comisión de determinadas actuaciones puede generar distintos tipos de responsabilidades sin que exista prejudicialidad (*vid.*, entre otras, sentencias de esta Sala Político-Administrativa del 7 de marzo de 2001 y del 13 de junio de 2007).

Así, para la determinación de los distintos tipos de responsabilidades el ordenamiento jurídico establece procedimientos igualmente diferenciados, en atención a la condición particular del presunto involucrado y de los hechos suscitados. Por otra parte, un mismo hecho tipificado como delito puede ser objeto de sanción en el orden administrativo sancionatorio, sin que su imposición requiera de un proceso previo ante la jurisdicción penal que demuestre la comisión de un delito (*Vid.*, decisiones de esta de fechas 2 de marzo 2000 y 22 de abril de 2003).

Desde esta perspectiva, aun cuando los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos se encuentren igualmen-

te contemplados en normas de carácter penal, ello no implica que para la configuración de tales supuestos se requiera previamente el agotamiento de un juicio penal, pues se trata de conductas cuya comisión genera una responsabilidad administrativa y, en otros casos, responsabilidad disciplinaria.

Así pues, estima este Alto Tribunal, como bien lo hizo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en esta fase del proceso no se configura el presunto vicio de incompetencia manifiesta, ni la violación del derecho al juez natural denunciados por la parte actora, pues el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) impuso a los accionantes las sanciones previstas en la Ley antes mencionada, luego de haber tramitado el procedimiento administrativo correspondiente y conforme a las competencias igualmente establecidas en dicha Ley, en los numerales 2 y 5 del artículo 20 y artículo 35. Por esta razón, debe ser desechada la falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela alegado por las apelantes. Así se declara.

c. *Principio del non bis in idem*

**TSJ-SPA (20)**

**18-1-2012**

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La norma contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, referida al incumplimiento de deberes formales en materia de impuestos indirectos, señala dos supuestos diferentes como lo son una sanción pecuniaria y de manera accesoria el cierre del establecimiento por un plazo que no podrá exceder de tres (3) días, por lo que no se trata de haberse aplicado dos sanciones por un mismo ilícito, sino que un mismo hecho acarrea dos consecuencias distintas, por lo que en el caso bajo examen no existe violación del principio *non bis in idem*.**

Con relación a la trasgresión del principio *non bis in idem*, precepto constitucional establecido en el artículo 49 numeral 7, invocado por la contribuyente en su escrito de fundamentación de la apelación, por cuanto -a su decir- fue sancionada por la Administración Tributaria dos veces por el mismo ilícito (cierre del establecimiento y sanción pecuniaria); resulta prudente citar el pronunciamiento de esta Sala en sentencia del 19 de junio de 2008 caso: *Fundación Universitaria Monseñor Rafael Arias Blanco*, ratificado mediante fallo de fecha 3 de febrero de 2011, caso: *Seguros Pirámide, C.A.*, en la cual estableció lo siguiente:

“(...)

éste [principio de *non bis in idem*] constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso el cual, conforme al enunciado del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resulta aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

... *omissis*...

Como se deduce de la mencionada disposición, el referido principio constituye una manifestación del derecho al debido proceso y por ende, aplicable a todo tipo de actuación sea ésta judicial o administrativa y a su vez, se configura como un derecho fundamental del sancionado junto a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.

Así, referido a la potestad sancionadora de la Administración, podría decirse que el principio *non bis in idem* constituye una garantía en cuanto se proscribiera por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, de las decisiones de la Administración. Es decir, que definida una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida.

... *omissis*...

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de esta Sala cabe indicar que la mencionada prohibición pesa siempre en relación con un mismo tipo de responsabilidad, es decir, si se trata de un hecho que da lugar a una sanción administrativa, está excluida la posibilidad de aplicar varias veces la misma, pero cuando se trata de un hecho que siendo susceptible de responsabilidad administrativa, además lo es penal y civil, cada una de estas responsabilidades subsisten de forma individual e independiente, sin que la existencia de una de ellas necesariamente excluya la aplicación de la otra; es decir, lo que se proscribiera es que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta. (...)”. Destacado de la Sala.

Con relación a este principio, resulta prudente citar el pronunciamiento de la Sala Constitucional (Véase Sentencia N° 1265 de 5-8-2008, en *Revista de Derecho Público* N° 115 de 2008 pp.608 y ss)

En análogo sentido se pronunció la referida Sala Constitucional en su decisión del 5 de agosto de 2008, caso: *Ziomara del Socorro Lucena Guédez*, al establecer lo siguiente:

“(…) no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el caso concreto, atendiendo a la jurisprudencia citada, se aprecia que la norma contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, referida al incumplimiento de deberes formales en materia de impuestos indirectos, señala dos supuestos diferentes como lo son una sanción pecuniaria y de manera accesoria el cierre del establecimiento por un plazo que no podrá exceder de tres (3) días, por lo que no se trata como erradamente lo afirma la contribuyente habersele aplicado dos sanciones por un mismo ilícito, sino que un mismo hecho acarrea dos consecuencias distintas, por lo que en el caso bajo examen no existe violación del principio *non bis in idem*; en consecuencia, resulta improcedente el alegato esgrimido en este sentido por la parte apelante. Así se declara.

### 3. *Derechos Individuales*

#### A. *Libertad personal*

TSJ-SC (4)

7-2-2012

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Constitucionalidad del Carácter Orgánico de la Ley Orgánica Contra La Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

**El Estado debe proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades.**

En este sentido, se considera como “desarrollo” cualquier clase de regulación general de los derechos, lo cual necesariamente abarca a las normas que impongan límites a aquéllos (entre las cuales se encuentran las normas penales), en virtud de la necesaria convivencia social. Así, la existencia de una norma penal que defina un delito y prevea una pena para su realización, implica necesariamente la limitación de derechos constitucionales. Desde este enfoque, los tipos penales constituyen una reducción del principio general de libertad, en el sentido de que prohíben la realización de una actividad que no era penalmente ilícita antes de la creación de aquéllos. Asimismo, la previsión legal de una pena (específicamente la prisión) y su ulterior imposición al infractor, constituyen una limitación al derecho a la libertad personal (entre otros derechos), necesaria para salvaguardar la libertad de los demás integrantes de la sociedad.

A mayor abundamiento, esta Sala debe reiterar que la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, el cual se enmarca en un modelo de Estado democrático y social, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formalizados, entre los cuales se encuentra el Derecho Penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de las personas. La cuestión radica entonces en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades. En otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva.

Siendo así, concluye esta Sala que, vista desde esta segunda perspectiva, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo también se adapta a la descripción del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que desarrolla derechos constitucionales, en tanto las normas penales en ella contenidas configuran una clara regulación del derecho a la libertad, conforme a los criterios expresados ut supra.

B. *Derecho a la libertad de expresión y a la información*

**TSJ-SPA (220)**

**15-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**Las restricciones de los derechos a la libertad de expresión y a la información impuestas por la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, constituyen el medio para lograr los fines previstos en el Texto Constitucional y los expresamente establecidos en la referida Ley, como lo son, entre otros: la promoción de la justicia social, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación.**

Por otra parte, se observa como un aspecto nuevo de la apelación bajo análisis el alegato según el cual la prenombrada Corte desconoció los derechos de “toda persona” a la libertad de expresión y a recibir información, consagrados en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, “ya que, en su errado entender, sólo es posible flexibilizar la interpretación de las normas que establecen responsabilidades provenientes del ejercicio del derecho a la libertad de expresión

cuando se trata de aquéllos que se desempeñan como actores políticos, desconociendo de modo absoluto el contenido de las mencionadas disposiciones constitucionales”. (Destacado del escrito)

En este mismo sentido, aseguran que las mencionadas disposiciones constitucionales protegen el derecho a emitir opiniones e informaciones a todos y cada uno de los ciudadanos, sin hacer distinción entre quienes ejerzan una actividad política y quienes no lo hagan; “por lo que las opiniones e información que configuren críticas al gobierno de turno o que puedan resultar molestas a sus funcionarios se encuentran especialmente protegidas en virtud de que el comportamiento de éstos se encuentra obligatoriamente expuesto al debate público y ello es necesario en un estado democrático, como el nuestro”.

Que, incluso, en el fallo del 12 /2001, la Sala Constitucional extendió dicha protección a las “expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos”; como también lo ha asumido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando consideran que las autoridades, funcionarios y personajes públicos deben aceptar mensajes críticos, como parte fundamental de un nutrido debate político que permita la formación de la opinión pública en una sociedad democrática.

Asimismo, denuncian la inaplicación de los aludidos artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por considerar que las transmisiones realizadas por el canal de televisión Globovisión acerca de los hechos ocurridos en el Centro Penitenciario El Rodeo, son un reflejo del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, opiniones e información.

Las disposiciones constitucionales invocadas como inaplicadas disponen lo siguiente:

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

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

Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Respecto a la transgresión de los derechos a la libertad de expresión y a recibir información, en virtud de la aplicación de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, de la sentencia apelada se observa el pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al estimar, conforme a los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional reflejados en la sentencia de esa Sala del 15 /2003, que en protección de derechos colectivos la Ley puede establecer restricciones a los mencionados derechos, incluso, establecer la censura previa en casos específicos.

Asimismo, señaló el referido órgano jurisdiccional que para la impugnación de normas legales restrictivas de los aludidos derechos, se requiere necesariamente demostrar la antinomia existente entre el instrumento normativo y los principios y valores que sustentan el Esta-

do Democrático y Social de Derecho y de Justicia. En esta misma línea de razonamiento, destacó la Corte lo señalado por la Sala Constitucional respecto a “la importancia que tiene la racionalidad del saber implícito que la comunicación de la información libremente expresada trae consigo, como producto de las acciones teleológicas, es decir, la importancia de la racionalidad que debe tener la finalidad que los sujetos capaces de lenguaje persiguen al momento de comunicarse”.

Sobre este último particular, coincide esta Sala Político Administrativa respecto a lo señalado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues las restricciones de los derechos a la libertad de expresión y a la información impuestas por la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, constituyen el medio para lograr los fines previstos en el Texto Constitucional y los expresamente establecidos en la referida Ley, como lo son, entre otros: la promoción de la justicia social, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación (artículo 1 de la Ley).

Aunado a lo anterior, observa esta Alzada, salvo la mejor apreciación que en la sentencia definitiva se haga, que los supuestos de hecho sancionables por disposición de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, comprenden conductas que exceden de la simple expresión de las ideas y las opiniones en un Estado Democrático.

Ciertamente, las mencionadas disposiciones prohíben y establecen las sanciones correspondientes por la difusión de contenidos que inciten o promuevan el odio o la intolerancia (por razones religiosas, políticas, género, racismo, nacionalidad); inciten o promuevan y/o hagan apología del delito; fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público; desconozcan a las autoridades legalmente constituidas; induzcan al homicidio; o inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

En relación con el pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, acerca de que la flexibilización usada por los órganos administrativos competentes para declarar la responsabilidad por el abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sólo es aplicable “a quienes se desempeñen como actores políticos en una sociedad democrática”; los recurrentes aseguran que los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no hacen distinción entre quienes ejercen una actividad política y quienes no lo hagan.

Al respecto la Sala trae a colación lo establecido por la Sala Constitucional en su decisión del 15 / 2003, en la que resolvió el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal -fallo este analizado en la sentencia apelada e invocado por los accionantes-, y expresó que “Una interpretación literal de las leyes que *a priori* o *a posteriori* inciden sobre la libertad de expresión, devendría en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas que debe caracterizar un sistema democrático; ideas y conceptos que muchas veces emergen de hechos -supuestos o reales- con los cuales se consustancia el mensaje”. En este mismo sentido la Sala Constitucional destacó, con base en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la necesaria flexibilización en la interpretación de las normas que establecen responsabilidades por actuaciones que excedan el ejercicio del mencionado derecho, y que la misma “funciona con quienes forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole”.

De lo expuesto se evidencia que las consideraciones hechas por la Sala Constitucional en el aludido fallo, además de estar relacionadas con la materia penal se refieren a las “ofensas” proferidas contra funcionarios públicos de las distintas ramas del Poder Público a nivel nacional, estatal y municipal; y que la ponderación de las circunstancias del caso concreto a los fines de determinar la configuración de un delito, obedece al reconocimiento del pluralismo político y a la confrontación de ideas que caracterizan el sistema democrático.

Lo anterior no significa -a juicio de esta Sala- que la “flexibilización” a la que alude la Sala Constitucional exima absolutamente la responsabilidad de los particulares -miembros activos o no de un partido u organización política- por estar fundamentadas sus actuaciones en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Al circunscribir el asunto al caso de autos, se insiste que mediante la Providencia Administrativa impugnada el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), impuso a las empresas recurrentes una sanción administrativa por la transmisión de hechos que exceden del debate o intercambio de ideas, contenidos que corresponden a los supuestos descritos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. Se trata, así, de acciones que en principio no afectan a una o varias personas en particular -sean o no funcionarios públicos- sino que esa afectación se extiende a la colectividad toda cuya protección es uno de los fines de la referida Ley.

En todo caso, cabe destacar que el órgano administrativo sancionador tiene a su disposición las atenuantes previstas en el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos para determinar la sanción aplicable, como lo son, entre otras, “El reconocimiento de la infracción antes o durante el curso del procedimiento” y “La iniciativa propia de subsanar la situación de infracción”.

Conforme a las consideraciones expuestas, la Sala desecha el alegato de falta de aplicación de los artículos 2, 3, 19, 21, 49, 57, 58 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su pronunciamiento. Así se decide.

**TSJ-SPA (165)**

**6-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

**La Sala analiza la jurisprudencia imperante respecto al derecho a la libertad de pensamiento y expresión y a recibir información, y en el caso en examen señala que no aprecia inconstitucionalidad, irracionalidad o incongruencia alguna en la sanción impuesta a la recurrente por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, pues tal actuación responde al ejercicio de las potestades sancionatorias establecidas en la prenombrada Ley, con el objeto de regular la difusión de los mensajes por radio, televisión y medios electrónicos en aras del interés general.**

Las apoderadas actoras denuncian la falta de aplicación en la sentencia apelada de los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, por cuanto del contenido de esas disposiciones se desprende el derecho a la libertad de expresión y a recibir información que tiene toda persona,

“...sin ningún tipo de distinción en lo que se refiere a que sean o no actores políticos...”. Sostienen que la violación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional se ha verificado en este caso, toda vez que la cobertura de los hechos suscitados en el Centro Penitenciario El Rodeo, realizada por el canal Globovisión, se hizo “...en ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, opiniones e información y no se trata en forma alguna de un abuso del mencionado derecho...”.

Agregan que la sentencia del 12 /2001 dictada por la Sala Constitucional, estableció la protección de las opiniones críticas de hechos noticiosos, inclusive cuando se utilizan “expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos”, razón por la cual debe concluirse que “...si la cobertura que hizo el canal Globovisión sobre los hechos noticiosos relacionados con el caso El Rodeo molestaron al gobierno nacional o al Directorio, dicha cobertura se encuentra protegida constitucionalmente por la libertad de expresión...”, tal como lo ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

En conexión con lo anterior, afirman que los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos son inconstitucionales, debido a la indeterminación “...en el tipo sancionatorio y por la desproporción en las sanciones que imponen, todo lo cual genera un notorio y evidente efecto inhibitorio en la libertad de expresión y de información del canal y de sus periodistas, así como de otros medios de comunicación, lo que se traduce en censura previa...”.

Respecto a estos alegatos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia de la violación del derecho a la libertad de expresión e información invocada por la parte accionante, pues consideró no haber quedado demostrado que “...la multa impuesta a través del acto administrativo impugnado, en aplicación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos (...), contraviene el contenido del artículo 2 de la Constitución (...) y que (...) tampoco lograron los accionantes llevar a la convicción a este Órgano Jurisdiccional con pruebas suficientes, que detentan la cualidad para disfrutar de las limitaciones que a las restricciones al derecho a libertad de expresión y comunicación impone el aludido texto normativo, de conformidad con la sentencia vinculante dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 /2003...”.

En este orden de ideas, debe señalarse que los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevén el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y a recibir información, de la siguiente manera:

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

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

“Artículo 58. La comunicación es libre plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Igualmente, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeta previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales y particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

De esta manera, debe indicarse que la libertad de expresión y pensamiento se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de información, y se trata de un derecho que no es absoluto pues comporta una serie de deberes y responsabilidades, en razón de lo cual puede estar sujeto a ciertas restricciones fijadas por la ley, necesarias para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

Ahora bien, advierte la Sala y así lo asumió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al reconocer el carácter vinculante de la decisión de la Sala Constitucional del 15 /2003, anteriormente citada, la antinomia existente entre el artículo 13, aparte 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 57 de la Constitución venezolana. En la sentencia se expresa lo siguiente:

“...La ‘libertad de expresión’ consiste en el derecho que tiene toda persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y hacer uso de cualquier medio de comunicación o difusión para ello (artículo 57 constitucional). Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, por lo que íntimamente unida a la libertad de expresión se encuentra la libertad de información que consagra el artículo 58 constitucional.

Se trata de un derecho constitucional que no es absoluto, ya que según la propia norma, quien lo ejerce, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, y de allí que las Constituciones, por lo general, reconozcan la inmunidad parlamentaria, tal como lo hace la vigente en el artículo 200, para eximir de responsabilidad la libertad de expresión de los diputados o miembros de parlamentos.

Se trata de la responsabilidad proveniente de la ley que así restringe, por mandato del propio artículo 57 constitucional, el derecho -en principio ilimitado- que tienen las personas de expresar libremente sus pensamientos, ideas u opiniones. Por lo tanto, las normas que establezcan responsabilidades por lo expresado, son normas que se adaptan a la Constitución y cumplen con ella.

Esta última, en su artículo 57, prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, por lo que la expresión de ideas, pensamientos, conceptos, etc., que promuevan la guerra (interna o externa), los mensajes discriminatorios que persigan excluir o fomentar el odio entre las personas por razones de raza, sexo, credo o condición social (artículo 21.1 constitucional), así como los que promuevan la intolerancia religiosa, no gozan de la protección constitucional y pueden, al estar legalmente prohibidos, perseguirse y reprimirse. En igual situación se encuentran los mensajes y exposiciones que colidan con otros derechos y principios constitucionales, correspondiendo a esta Sala determinar cuál es la norma aplicable en casos antinómicos.

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece otros límites a la libertad de expresión o de pensamiento, contemplando responsabilidades ulteriores a la expresión que están expresamente fijadas en la ley (artículo 13.2). Tal advertencia la realiza la norma, ya que ella prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado.

El citado artículo 13.2, a su vez señala para los países suscriptores del Convenio, cuáles materias generarán las responsabilidades ulteriores de quienes expresan opiniones o ideas y las informen, y ellas son:

- 1) Los que afecten el respeto o a la reputación de los demás;
- 2) Los que afecten la seguridad nacional;
- 3) Los que atenten contra el orden público;
- 4) Los que perjudiquen la salud;
- 5) Los que ataquen la moral pública;
- 6) La propaganda de guerra; y,
- 7) La apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

En consecuencia, los países signatarios de la Convención, pueden legislar en esas siete áreas, para exigir responsabilidad a posteriori de su comunicación a lo expresado por las personas.

A juicio de esta Sala, el artículo 13.2 colide en cierta forma con el artículo 57 constitucional. Este prohíbe la censura a las expresiones que se difundirán por los medios de comunicación o difusión, lo que es coincidente con la letra del artículo 13.2 comentado, pero el artículo 57 constitucional no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa, sin diferenciar, al no prohibirla, en qué oportunidad se impedirá su difusión. Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión e información 'sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución', la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental.

A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aun antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.

La Sala anota, que las ideas o pensamientos que el artículo 57 de nuestra Carta Fundamental prohíbe (propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa), colocados en la norma después de la declaratoria de que la comunicación y difusión de las ideas, pensamientos y opiniones, no pueden ser sometidos a censura previa, constituyen restricciones a dicho derecho, ya que luego de establecerse el principio, la norma establece que no se permitirá ni el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Para que no se permitan tales expresiones, la ley puede crear censura previa a su difusión o comunicación, siempre que actos jurisdiccionales la ordenen. Sin embargo, las prohibiciones del artículo 57 constitucional son en parte distintas de aquellas que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla, las cuales nunca pueden ser objeto de censura anterior a su difusión o comunicación, pero que sí generan responsabilidades (de acuerdo con lo que establece la ley) a quien las exprese en cualquier forma. Apunta la Sala que son en parte distintas, ya que hay supuestos contemplados en ambas normas, las cuales al ser diferentes, otorgan efectos distintos a los supuestos coincidentes.

Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del 'Pacto de San José', por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la Ley lo señala.

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.

Lo importante del artículo 13.2 de la Convención, es que sólo en las materias allí contempladas es que nace responsabilidad (civil, penal, etc.) para quien se expresa, resultando contrarias a la Convención y a su naturaleza constitucional, las normas que fuera de esas materias establezcan responsabilidades". (Negrillas del texto y subrayado de esta decisión).

Del fallo parcialmente transcrito se colige que la Sala Constitucional consideró de aplicación preferente el contenido del artículo 57 del Texto Constitucional por favorecer en mayor medida la protección a los derechos colectivos. La interpretación de ese artículo permite concluir que la Constitución venezolana no sólo prevé la responsabilidad ulterior por la transmisión de "...propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa" -como así lo establece la normativa internacional- sino que eventualmente la Ley podría prever la censura previa de estos tipos de información, pues de no ser así el efecto nocivo que reconoce la norma constitucional podría generarse en la población, con la difusión incontrolada de matrices de opinión violatorias de los más sagrados derechos para preservar la convivencia pacífica.

Por otra parte, con relación a las responsabilidades derivadas de la comunicación y del uso abusivo de la libertad de expresión, la Sala Constitucional señaló que las normas que establecen tales responsabilidades deben estar en armonía y acordes con lo dispuesto en el artículo 2 de la Carta Magna y, asimismo, enfatizó la flexibilidad que debe orientar la interpretación de dichas normas a los fines de garantizar el pluralismo político y el sistema democrático. En este sentido, la Sala se pronunció de la siguiente manera:

“...Establecido lo anterior, la Sala debe puntualizar que las leyes que exijan las responsabilidades provenientes del uso abusivo de la libertad de expresión, en las áreas permitidas por la Constitución y los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, deben adaptarse a los principios que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenidos en el Título de los Principios Fundamentales de la vigente Constitución, en particular, el artículo 2 constitucional (...).

(...*omissis*...)

Dentro de un Estado Democrático, entre cuyos valores se encuentra la libertad, la ética y el pluralismo político, el hecho político debe tenerse en cuenta al medir el acto abusivo del derecho a la libre expresión, ya que, de no ser así, quienes intervienen en la lucha política se convertirán en unos eunucos, ya que no podrían exponer a sus seguidores, o a quienes pretendan los acompañen, sus ideas y fines.

Una interpretación literal de las leyes que a priori o a posteriori inciden sobre la libertad de expresión, devendría en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas que debe caracterizar un sistema democrático; ideas y conceptos que muchas veces emergen de hechos -supuestos o reales- con los cuales se constancia el mensaje.

Esta realidad, que surge del artículo 2 constitucional, flexibiliza la interpretación que ha de darse a muchas normas que señalan responsabilidades provenientes de la libertad de expresión y que, por aplicación constitucional, el juez debe ponderar antes de aplicarlas.

Pero la Sala acota que la flexibilización funciona con quienes forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole.

Dentro del ámbito político, el juzgamiento de las conductas debe hacerse adecuándolos, no sólo a los principios constitucionales, sino a las prácticas, usos, costumbres y convenciones del correspondiente régimen político (...).

La democracia no sólo es un sistema político, sino una forma de convivencia, y en la interpretación de las normas sobre responsabilidad, originada por el uso abusivo de la libertad de expresión, el juez tiene que calificar el abuso, la imprudencia, la intención y si tal abuso proviene de quienes ejercen la política. Debe igualmente valorar si lo expuesto efectivamente atenta contra la convivencia y con la realidad, ya que el funcionamiento verdadero de las instituciones, muy lejanas a veces al deber ser legal, puede generar duros ataques que comprueban la discrepancia entre lo que la Constitución y las leyes prescriben y lo que en la realidad ocurre.

(...*omissis*...)

La particularidad que reconoce la Sala a la expresión política, como función pluralista y democrática, no la tienen -ni la pueden tener- quienes no hacen política y simplemente ofenden, desprestigian, difaman o mienten, en atención a sus intereses particulares y concretos, quienes más bien irrespetan la libertad de expresión...”.

Igualmente, respecto al derecho a recibir información consagrado en el artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional resaltó las responsabilidades que pueden generar las opiniones y noticias no veraces, inoportunas y parciales acerca de sucesos que difunden los medios de comunicación. Al respecto, señaló la Sala lo que se transcribe a continuación:

“...Este artículo desarrolla otro aspecto de la libertad de expresión, cual es el de la libertad de comunicación, que no es otra que la de divulgar las ideas y opiniones. Pero la norma incluye el derecho de las personas a estar informadas en forma oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios constitucionales, lo que se refiere a un aspecto dife-

rente, aunque conexo, de la libertad de expresión, y que gravita sobre los medios destinados a producir masivamente opiniones y noticias sobre sucesos, es decir, los medios destinados, en cualquier forma, a la comunicación, los cuales asumirán las responsabilidades que indique la ley.

Se trata de una responsabilidad que puede emanar de la propia comunicación, por los ilícitos en que ella incurra, como sería la responsabilidad hacia los que tienen derecho a la información, si es que ella no es oportuna, veraz, imparcial y sin censura (excepto la permitida por el artículo 57 constitucional, ante las violaciones a su mandato, o la autocensura que en determinados casos puede realizar un medio para precaver otros valores constitucionales, pero que no es del caso analizarlas en este fallo). Luego, tanto en la expresión y comunicación de las ideas como en la de sucesos (noticias), la propia Constitución dispone responsabilidades para quien opina y para quien comunica.

Tal responsabilidad no cesa, salvo que la normativa así lo señale, porque se ejerza el derecho de réplica y rectificación expresados en dicho artículo 58, el cual se ejercerá conforme la Sala lo explicó en la sentencia N° 1013 antes citada. Esta última decisión, la cual se reitera, señaló los criterios que deben ponderar los jueces para determinar la responsabilidad de los que ejercen legalmente el periodismo, ya que la emisión de informaciones y noticias por parte de estos profesionales, cuando obran dentro de los parámetros del ejercicio profesional, debe ser ponderada por los jueces con laxitud, debido a las diversas condiciones que gravitan sobre la obtención de la noticia. El artículo 58 en comento debe concatenarse con el artículo 13 del Pacto de San José y, por lo tanto, la información debe asegurar el derecho a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. Del citado artículo 13, se colige que existe una diferencia en cuanto al material comunicacional, entre la información y la propaganda (producto también de la libertad de expresión).

Mientras la información busca dar a conocer ideas, sucesos, etc., la propaganda tiene como finalidad dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos (propaganda política, religiosa, etc.) o consumidores (propaganda comercial). Tal finalidad le da una estructura diferente a este tipo de comunicación que la separa, en principio, de la información o la exposición de ideas, conceptos y opiniones, por lo que puede ser objeto de regulaciones que toman en cuenta sus características, motivo por el que existen leyes que regulan la propaganda comercial, por ejemplo.

Corresponde a la ley o a los jueces, por aplicación directa de las normas constitucionales, prohibir cualquier tipo de propaganda a favor de la guerra, o del odio nacional, racial o religioso, o que incite a la violencia. Las limitaciones legales o judiciales (amparos) en ese sentido se ajustan al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no necesariamente deben surgir de leyes específicas, destinadas a regular la propaganda". (Sic).

Desde esta perspectiva, estima esta Sala que para poder examinar la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión y a recibir información, esgrimida por la parte recurrente, tendría que precisarse en primer lugar, si existe verdaderamente una indeterminación en la configuración de los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que sirvieron de fundamento al acto administrativo dictado por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL); en segundo lugar, si los hechos sancionados ciertamente corresponden a los referidos supuestos; y, tercero, si los dispositivos normativos antes mencionados consagran elementos que limitan el ejercicio del referido derecho y establecen las responsabilidades derivadas de las extralimitaciones en su ejercicio, en los términos expresados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, lo cual corresponde al análisis propio de la sentencia definitiva.

En todo caso, y sin que ello signifique algún pronunciamiento sobre el mérito del asunto, no se aprecia *prima facie* inconstitucionalidad, irracionalidad o incongruencia alguna en la sanción impuesta a la recurrente por el Directorio de Responsabilidad Social de la referida Comisión, pues tal actuación responde al ejercicio de las potestades sancionatorias establecidas en la prenombrada Ley, con el objeto de regular la difusión de los mensajes por radio, televisión y medios electrónicos en aras del interés general; por lo que debe este Alto Tribunal desechar la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional, denunciada por las apelantes. Así se declara.

**TSJ-SPA (220)**

**15-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Las apoderadas actoras aducen la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues dicho órgano jurisdiccional consideró que la legalidad de las transmisiones del canal Globovisión acerca de los hechos acontecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo, dependía de si estaban o no respaldadas por las declaraciones de los órganos oficiales competentes, limitando de esta forma los derechos a la libertad de expresión e información al contenido emitido por dichos órganos; en contravención a lo establecido por la Sala Constitucional( Véase Sentencia N° 1.013 -12-6-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 117 y ss).

Afirman que el silencio de pruebas deriva de no haberse considerado en el fallo apelado, las pruebas contenidas en el expediente administrativo tendentes a demostrar que sus representadas no incurrieron en las infracciones imputadas por la Administración, “pues las declaraciones de los familiares y demás personas relacionadas con los privados de libertad del (sic) Rodeo se encuentran plenamente protegidas por el derecho a la libertad de expresión”, más aun “ante la falta de información oficial”. Sostienen que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) sólo valoró la programación del canal Globovisión, y un “(...) ‘Informe de análisis de discurso de la representación televisual facturada por Globovisión durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 relativa a la re-toma de las penitenciarías El Rodeo I y II por parte del Estado venezolano’ realizado supuestamente por el ciudadano Luis Delgado (...) que no tiene valor probatorio alguno, pues no se dio cumplimiento al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, visto que no fue debidamente ratificado por su presunto autor”. Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia del alegato de la parte recurrente, al estimar que de autos no se evidencia algún elemento probatorio que demostrase que las imágenes difundidas durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 por el canal Globovisión no fueron editadas o transmitidas de forma reiterada, así como tampoco que la información transmitida en su contenido haya sido veraz por no contar con el respaldo de una información oficial emitida a través de las autoridades competentes “...como conocedores y protagonistas de la situación real de lo acontecido...”.

Igualmente, apreció la prenombrada Corte la existencia de una contradicción en los alegatos de los accionantes, “... al señalar por una parte que durante sus transmisiones emiten información veraz y efectiva, no incurriendo en infracción alguna y reconociendo por la otra, que dicha información no parte de una fuente oficial emitida a través de las autoridades competentes, limitándose a señalar que su acceso a la misma fue restringido, sin fundamento probatorio alguno que permita sustentar dichas afirmaciones...”.

De esta manera, observa esta Alzada que el alegato concerniente a la supuesta sujeción del derecho a la libertad de expresión a la información emanada de órganos oficiales, obedece a una extracción literal de los apelantes sobre lo expuesto por el A quo en su decisión, en cuanto a los hechos atribuidos por la autoridad administrativa a los recurrentes.

Ciertamente, una lectura integral del análisis realizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su razonamiento para alcanzar el fallo impugnado, permite concluir que lo señalado por dicho órgano jurisdiccional se corresponde con la falta de veracidad de los mensajes transmitidos, únicamente a partir de las declaraciones de los familiares o de imágenes captadas durante los acontecimientos por el canal Globovisión, sin que éstos estuviesen aparejados o respaldados por datos emitidos por los órganos competentes como fuentes de información, lo cual es precisamente uno de los puntos controvertidos en el caso de autos y que corresponderá examinar en la sentencia de fondo, conforme a los parámetros que deben regir el manejo responsable de las informaciones por parte los distintos medios de comunicación.

Igualmente, se observa que lo indicado por la aludida Corte derivó de la ausencia de elemento probatorio alguno que demostrase, en la etapa cautelar, que los accionantes no hubiesen cometido las faltas atribuidas a ellos por la Administración, en cuanto a la presunta reiteración y edición de las imágenes, falta de transmisión de información oficial, exacerbación de la realidad y manejo de la información acerca de la intervención de las autoridades.

En este sentido, advierte esta Alzada que la parte apelante no menciona específicamente en su escrito, cuáles pruebas no fueron valoradas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado con relación al falso supuesto de hecho alegado por los actores y que, según afirman, ponen de manifiesto el silencio de pruebas en el cual incurrió el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Al respecto, de las copias del expediente remitidas a esta Alzada, se observa la inexistencia de algún medio probatorio aportado en la fase cautelar, a fin de evidenciar la configuración del falso supuesto de hecho y el silencio de pruebas que -a decir de la parte actora- vician la Providencia Administrativa impugnada.

Sin embargo, de la copia del texto del acto recurrido (folios 508 al 601) observa esta Sala que en los Capítulos IV y V de su decisión, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) relacionó los medios probatorios aportados a los autos por los accionantes y el valor que apreció en cada una de dichas pruebas.

Asimismo, se aprecia al punto Octavo de la Providencia recurrida, relativo a la “REVISIÓN DE LOS HECHOS Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS”, que el referido Directorio de Responsabilidad Social desechó la prueba de Informes Civiles identificadas con la letras “A”, “B”, “C”, “D”, “E” y “F”, presentadas por la parte actora con el objeto de demostrar el alcance, el impacto social, la importancia y la cobertura en diversos medios comunicación acerca de los hechos suscitados en El Rodeo, por cuanto no se encontraba cuestionado en el procedimiento administrativo la trascendencia de tales hechos.

Por otra parte, se observa a los fines de determinar si los hechos imputados a la parte recurrente se subsumían en los supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que el aludido Directorio procedió a analizar “...el contenido de los mensajes difundidos por GLOBOVISIÓN, durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011, con especial atención a las declaraciones transcritas en la Providencia Administrativa Nro. 1.839 de fecha 30 de junio de

2011 y a los micros allí indicados, para ellos nos valemos de las pruebas valoradas, consideradas pertinentes y relacionadas con el caso...”; de lo cual se evidencia prima facie que la Administración tomó en consideración y valoró las probanzas aportadas por las partes en el iter procedimental, concluyendo en el caso bajo examen haberse verificado los supuestos de hecho establecidos en la referida norma...

Sobre este último aspecto, cabe señalar que aun cuando los órganos administrativos tienen el deber de analizar todas las pruebas cursantes en el expediente administrativo, en aras de garantizar los derechos a la defensa y al debido proceso de los administrados, ello no significa que la autoridad administrativa deba hacer una valoración exhaustiva de todos y cada uno de los elementos cursantes en el expediente, pues lo relevante de tales elementos es su idoneidad para probar elementos que guarden relación con los hechos debatidos en el curso del proceso; por tanto, en criterio de esta Sala, existe silencio de prueba cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión. Por lo expuesto, estima este Alto Tribunal que el fallo apelado no incurre en la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional ni en el vicio de silencio de pruebas alegados por las apelantes, pues con su análisis no sujetó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información al respaldo de la información oficial, sino que dicho órgano jurisdiccional basó el examen de los argumentos relativos al falso supuesto de hecho y al silencio de pruebas aducidos por la parte actora contra el acto recurrido, en los elementos cursantes en autos en la etapa cautelar y, a lo determinado por la Administración en la Providencia impugnada. Así se declara.

4. *Derechos Laborales: Lapso de prescripción del derecho a accionar*

**TSJ-SC (376)**

**30-3-2012**

Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López

Caso: Edgar Manuel Amaro

**Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta con carácter vinculante, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, a los efectos de establecer cuándo debe entenderse que ha finalizado la prestación de servicios, en los casos en los cuales el patrono no acata la orden de reenganche y pago de salarios caídos contenida en una providencia administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo.**

Ahora bien, de una revisión de las sentencias de la Sala de Casación Social sobre el tema, se han observado distintas posiciones, no existiendo una doctrina pacífica y reiterada. En efecto, en algunas decisiones se afirma que el lapso de prescripción para el ejercicio de las acciones para el reclamo de prestaciones sociales debe computarse desde el momento en el cual se renuncia —expresa o tácitamente— al derecho al reenganche reconocido mediante providencia administrativa —a través de la interposición de una demanda ante los tribunales laborales competentes— (*Vid.* sentencias Nos. 2439 del 7 de diciembre de 2007 y 017 del 3 de febrero de 2009); mientras que en otras se afirma que el lapso de prescripción corre desde el momento en el cual el patrono manifiesta su negativa de cumplimiento de la providencia administrativa que ordene el reenganche y pago de salarios caídos (*Vid.* sentencias Nos. 1038 del 22 de mayo de 2007 y 1355 del 23 de noviembre de 2010).

Así las cosas, ante la presencia de sentencias con posiciones contradictorias y no existiendo una norma que expresamente regule el supuesto de hecho observado en el caso de marras, esta Sala debe resolverlo con base en los principios reguladores del derecho laboral

en nuestro ordenamiento jurídico y de la propia Constitución como norma superior. En tal sentido, el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 89: El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.
2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.
3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.
4. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.
5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.
6. Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica o social” (Destacado nuestro).

Visto lo anterior, considera esta Sala oportuno citar la norma que regula la prescripción de las acciones en materia laboral, contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los siguientes términos:

“Artículo 61: Todas las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse un (1) año contado desde la terminación de la prestación de los servicios” (Destacado nuestro).

Con base en las normas transcritas y la jurisprudencia de la Sala de Casación Social sobre la materia, surge la duda sobre la interpretación que debe darse al artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo; pues, si bien se establece expresamente el lapso, no está claro cuándo debe entenderse que se ha materializado la terminación de la prestación de los servicios.

Es indudable que en el caso *sub lite* y con base en variadas interpretaciones sobre el inicio del cómputo de la prescripción laboral, prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, vertidas por la propia Sala de Casación Social de este Alto Tribunal, se pone de manifiesto y objetividad una verdadera duda sobre el alcance de la precitada norma, como condición de la aplicación del principio *in dubio* pro operario. En la aplicación de este principio, el Sentenciador no está corrigiendo ni integrando esta norma, sólo que el intérprete judicial derivado determina el sentido, de entre varios posibles, para aplicar el principio *in dubio* pro operario. Existe una norma, en este caso, la del artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, de cuyo efecto resulta que hay una verdadera duda y cuya aplicación no involucra ir en contra de la *voluntas legislatoris*. Lo que se pretende es armonizar los intereses y derechos de los trabajadores respecto a la naturaleza y carácter del Derecho del Trabajo y de su propia legislación, igualmente frente a los del patrono.

Si en el Derecho Privado se admite y acepta el principio del favor pro reo donde el deudor es la parte más favorecida; en el contrato de trabajo se presenta una situación contraria, ya que el trabajador acreedor es el más desprotegido frente al patrono. Siendo la legislación del trabajo proteccionista de sus derechos, entonces, deviene como el supuesto fundamental del Derecho del Trabajo, y los principios protectores de sus derechos. Dentro de los cuales está el principio in dubio pro operario, es decir, en caso de duda se favorece al trabajador, previsto en el precitado artículo 89, numeral 3 de nuestro texto constitucional.

La Constitución Bolivariana siendo ahora norma fundante de este principio, al igual que otros, que conforman el bloque protectorio del Derecho del Trabajo y de su legislación, ratifica la naturaleza y el carácter de esta disciplina reguladora del contrato de trabajo y del hecho social trabajo. Una tradición laboral de la legislación venezolana en su fin progresista de salvaguardar los derechos de los trabajadores, y que en la actual realidad social, jurídica, cultural y económica del país, se reafirma tratándose de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que el intérprete judicial no puede obviar al decidir los casos sometidos a su consideración.

De esa estirpe participa el principio in dubio pro operario como guía o directriz que informa e inspira al sentenciador al momento de interpretar la norma jurídica, pero con mayor intensidad la norma laboral. Para lograr cumplir con su misión, a saber: informadora, normativa e interpretadora. Como dijo Carnelutti: “Los principios generales del Derecho no son algo que existe fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: Son el espíritu o la esencia de la Ley” (Carnelutti. *Sistema de Diritto Processuale Civile*, p. 120).

Es incontrovertible que este aserto del afamado autor se intensifica en el Derecho del Trabajo y su legislación, bajo la égida de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Quiere dejar asentado esta Sala que de la conducta rebelde del patrono cuando no acató la providencia administrativa de reenganche del trabajador accionante, no puede derivarse un acto lícito, como pudiera ser la declaratoria con lugar de la prescripción laboral alegada sin cumplimiento de las condiciones para tal fin procesal en contra del trabajador. Pues tal posición conduciría al Juzgador a una interpretación absurda no permitida por la metodología interpretativa de la ley, actos o contratos. No es posible que quien se coloque al margen de la legalidad pueda a su vez beneficiarse con el alegato de la prescripción y su procedencia. Estarían el derecho y la legislación premiando una conducta ilícita con un acto lícito. Esto es inaceptable en toda la teoría del derecho, y muy especialmente, en el Derecho y la legislación del trabajo de raigambre proteccionista de los derechos de los trabajadores. No puede el patrono lucrarse de su propia conducta ilícita cuando desató la providencia administrativa de reenganche a favor del trabajador accionante, alegando la procedencia de la prescripción en contra de éste, porque el derecho, como se dijo, ampara el acto lícito, no el ilícito, sino para regular las consecuencias que tal conducta apareja (*Ex eo non debet quis fructum consequi quod nisus extitit impugnare*: “Nadie debe conseguir un lucro de aquello mismo que se esforzó por combatir”. Bonifacio. Reglas VII).

Esta Sala Constitucional determina que bajo las regulaciones y fundamentos expuestos en el caso *sub lite* con la aplicación del referido principio, se logra la uniformidad de los criterios encontrados que en diversas sentencias ha expuesto la Sala de Casación Social, como se señaló supra. Así se decide. Consiguientemente, en el caso *sub lite* y de sus autos se desprende en cuanto a la aplicación del mencionado principio, que existe una verdadera duda que asalta al juzgador por las variadas interpretaciones en distintas sentencias de la Sala de

Casación Social de este Tribunal Supremo, según se indicó supra, y de otra parte, que su aplicación no incide ni contraria la voluntad del legislador, como condiciones para su aplicación. En consecuencia, queda uniformada la doctrina en esta materia relativa al inicio de la prescripción cuando se desconoce el reenganche al trabajador y el pago de salarios caídos, acordado por la Inspectoría del Trabajo, y opta por intentar la demanda para el cobro de sus prestaciones sociales, a partir de cuya interposición comienza el cómputo de la prescripción laboral, según este fallo.

Es por ello que, en atención al principio in dubio pro operario, consagrado en el numeral 3 del artículo 89 de nuestra Carta Magna, debe aplicarse la interpretación más favorable al trabajador; razón por la cual, en el presente caso, debe entenderse que el lapso de prescripción previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo comienza a computarse desde el momento en el cual el trabajador renunció al reenganche, y ello ocurrió al ser interpuesta la demanda por cobro de prestaciones sociales. Así se establece.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala declara ha lugar la presente solicitud de revisión; anula la sentencia dictada, el 30 de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara; y ordena que otro Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial resuelva la apelación interpuesta, conforme al criterio establecido en el presente fallo. Así se decide.

Finalmente, vista la naturaleza de la interpretación que se ha efectuado en el presente fallo, se fija el carácter vinculante de éste con base en el artículo 335 del Texto Constitucional, y se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial de este Tribunal Supremo de Justicia. Así también se decide.

##### 5. *Derechos Políticos*

**TSJ-SE (60)**

**29-3-201**

Magistrado Ponente: Oscar J. León Uzcátegui

Caso: Alfredo José Flores Gonzales, y otros vs. Artículo 29 de los Estatutos del Colegio de Economistas del Estado Guárico

**La Sala Electoral anula el artículo 29 de los estatutos del colegio de economistas del estado Guárico al considerar que es contrario al derecho al sufragio y participación política, por cuanto establece exigencias que no se corresponde para el ejercicio del sufragio en las elecciones de la Junta Directiva de la corporación profesional**

Corresponde a esta Sala Electoral pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento, respecto de lo cual se observa:

Se persigue con la interposición del recurso contencioso electoral la nulidad del artículo 29 del Estatuto Interno del Colegio de Economistas del Estado Guárico, que establece:

“Para ser miembro de las Junta Directiva del Colegio se requiere: a) Estar Solvente, b) Una inscripción no inferior a dos (2) años y c) Haber asistido a las dos (2) últimas Asambleas Ordinarias”.

Los Colegios de Economistas son corporaciones profesionales, creadas de conformidad con la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, que establece la obligación para los economistas de inscribirse, para ejercer la profesión. En este sentido, establecen los artículos 5 y 6 *eiusdem*:

“Artículo 5° Para ejercer la profesión de economista en el territorio de la República, además de lo previsto en el artículo 2° de esta Ley, se requiere estar inscrito en un Colegio de Economistas legalmente constituido.

Artículo 6° La inscripción a que se refiere el artículo anterior se hará en el respectivo Colegio en el "Libro de Inscripción de Economistas", mediante la sola presentación de uno cualquiera de los Títulos a que se contrae el artículo 3° de esta Ley, debidamente protocolizado”.

Como se aprecia, la inscripción en un colegio legalmente constituido es requisito para el ejercicio de la profesión, y obligatoria la inscripción de los economistas que pretendan ejercer en el Estado Guárico.

Siendo así, tratándose de una corporación profesional de obligatoria inscripción para los economistas, resulta necesario, en materia electoral, el cumplimiento de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala Electoral, en sentencia N° 135 del 28 de septiembre 2004, al establecer:

“...En opinión de este juzgador, cobra especial trascendencia en el caso de autos el principio participativo en la Constitución vigente, tanto como principio general (artículos 5 y 6); como derecho constitucional y mecanismo de expresión de la soberanía (artículo 62), lo cual debe interpretarse concatenadamente con la consagración del sufragio como derecho (artículo 63) a ejercerse en votaciones libres, universales, directas y secretas, ahora extensible a los procesos electorales gremiales (artículo 293 numeral 6)...” (resaltado del fallo).

Igualmente, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia también lo apreció en la sentencia N° del 1825 del 09 octubre de 2007, donde señaló:

“Vistos entonces los rasgos esenciales que definen cuál es la naturaleza jurídica de los colegios de abogados, así como la relevancia social que claramente aquéllos denotan, vale concluir que el contenido del artículo 62 del Texto Constitucional sí es susceptible de ser invocado en los procesos comiciales que se celebren en el seno de aquéllos. En tal sentido, y siguiendo el criterio sostenido por la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 15/2002, de 24 de enero, debe señalarse que aun cuando literalmente la mencionada norma constitucional se refiere al derecho a la libre participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos, dicha participación no debe circunscribirse únicamente al ejercicio de funciones públicas en sentido estricto, es decir, aquellas mediante las cuales el Estado se manifiesta a través de sus poderes como agente activo, sino que debe también abarcar la participación en asuntos sociales que aun cuando no constituyan una manifestación del Estado como entidad pública, sí revisten interés para la colectividad, lo cual se infiere de la consideración de nuestro sistema político como democrático y participativo; siendo uno de esos asuntos sociales a los que se extiende el derecho a la participación política, el referido a los procesos electorales celebrados en los gremios profesionales” (resaltado del original).

Aplicando lo anterior al caso de autos se puede concluir que los economistas tienen el libre derecho de participar en los asuntos políticos del ente gremial que los representa, en forma directa o por medio de sus representantes elegidos democráticamente.

Igualmente tienen derecho a ejercer el sufragio, mediante el voto secreto universal y directo, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes que regulen la materia.

En este sentido, se aprecia que no se encuentra prevista ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni en la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista,

normativa que establezca que para ejercer un cargo directivo en la corporación profesional sea necesario la solvencia con cuotas pecuniarias, o la asistencia a número determinado de reuniones de ese gremio, ni la exigencia de tiempo determinado para el ejercicio del derecho al sufragio.

En efecto, como se estableció anteriormente, la inscripción en el Colegio de Economistas es requisito indispensable para el ejercicio de la profesión, por lo cual, una vez inscrito el economista en el respectivo Colegio de la entidad federal de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad en el artículo 13 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, surge el derecho de participar en los asuntos políticos del mismo, por cuanto, desde el cumplimiento del requisito legal, forma parte de la corporación profesional y, en consecuencia, tiene todos sus derechos y obligaciones.

El artículo 7 de las Normas para Regular los Procesos Electorales de los Gremios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, publicadas en la Gaceta Electoral N° 547 del 07 de diciembre de 2010, establece: “Todos los agremiados y colegiados tienen derecho a postular y a ser elegidos como candidatos para los distintos cargos a elegir, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás Leyes de la República”.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala Electoral, en sentencia N° 105 del 04 de agosto de 2003, ratificada en decisión N° 106 de esa misma fecha, en la cual se señaló:

Si bien por vía normativa se pueden establecer condiciones para la participación de los ciudadanos, tales condiciones no pueden crear desigualdades contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, pues es ésta la que define el marco general de su ejercicio; en este sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas oportunidades, afirmando las garantías que deben orientar la realización de todo proceso electoral, incluyendo la emisión del voto, como manifestación del derecho constitucional al sufragio activo, previsto en el artículo 63 de la Carta Fundamental, encontrándose dichas garantías plenamente explicitadas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 293, in fine, y 294, al consagrar como principios que rigen la actividad de los órganos del Poder Electoral los de: igualdad, confiabilidad, transparencia, eficiencia, imparcialidad, y participación ciudadana, entre otros, principios que, a su vez, tienen como objetivo fundamental velar por el cabal ejercicio del Poder Soberano que tiene el colectivo, y que se traduce en el carácter democrático que informa al Estado y a la sociedad venezolana.

Sería arbitrario, entonces, a la luz de los nuevos postulados constitucionales, establecer por vía normativa restricciones o condicionamientos entre quienes tienen el mismo derecho a participar mediante el sufragio, en su modalidad activa y pasiva, condiciones que no estén relacionadas con la participación gremial, como lo es, en el presente caso, el pago de cuotas de carácter pecuniario que tienen una naturaleza de carácter económico, pues la exclusión por motivo de insolvencia contrasta con los principios constitucionales de participación y protagonismo establecidos por la Carta Fundamental de 1999.

Por lo que, en atención a los anteriores señalamientos, y quedando evidenciado que la exigencia de la solvencia como condicionante al ejercicio de derechos constitucionales deviene en un acto directamente violatorio al ejercicio de los referidos derechos constitucionales a la participación (artículo 62) y al sufragio en su modalidad activa y pasiva (artículo 63), resulta procedente acordar mandamiento de amparo constitucional a favor de la parte agraviada, como en efecto así se decide (resaltado añadido).

Igualmente, la Sala Constitucional, en sentencia N° 1825 del 9 octubre de 2007, se pronunció sobre la ilegalidad de la exigencia de la solvencia en las cuotas de carácter económico, para el ejercicio del derecho al sufragio en los entes gremiales, señalando:

De la lectura del citado párrafo único, se desprende que el legislador nacional ha establecido que para ejercer el derecho al sufragio -tanto activo como pasivo- así como para participar en la toma de decisiones de las asambleas de los colegios de abogados, los respectivos agremiados deberán estar solventes con el respectivo Colegio de Abogados –o con su delegación-, y también con el Instituto de Previsión Social del Abogado.

La consagración del referido derecho en el ordenamiento jurídico-constitucional venezolano conlleva a considerar al sufragio como un derecho específico, bajo sus modalidades activa y pasiva, articulándose así como un instrumento de expresión de la voluntad soberana; de igual forma, de dicha consagración se deriva la exigencia de que las normas que regulen su ejercicio no pueden alterar la configuración que le otorga la Constitución, en el sentido de que debe ejercerse mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, y de que las leyes deben garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional (Sentencia N° 106/2003, de 4 de agosto, de la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia). Por tanto, la condición de insolvencia de uno o varios agremiados, no puede ser un obstáculo para que éstos puedan participar y ejercer su derecho al sufragio, en los comicios que se celebren dentro de los colegios y otros organismos profesionales del gremio al cual pertenezcan.

A mayor abundamiento, y siguiendo el criterio expuesto en la sentencia antes mencionada, esta Sala considera que si bien la ley puede establecer condiciones para la participación de los ciudadanos, tales condiciones no pueden crear desigualdades contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, ya que el legislador estaría desbordando la barrera impuesta a su libertad normativa, a saber, el contenido esencial del mencionado derecho fundamental, pues es en el Texto Constitucional en donde se articula el marco básico e infranqueable –dentro del cual debe moverse el legislador- para su ejercicio; siendo las garantías que orientan la realización de todo proceso electoral, las descritas en los artículos 293, in fine, y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber, los principios de igualdad, confiabilidad, transparencia, eficiencia, imparcialidad, y participación ciudadana, entre otros, “...principios que, a su vez, tienen como objetivo fundamental velar por el cabal ejercicio del Poder Soberano que tiene el colectivo, y que se traduce en el carácter democrático que informa al Estado y a la sociedad venezolana...” (resaltado del original).

Aplicando lo anterior al caso de autos se concluye que la limitación que establece el artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico es contraria al derecho al sufragio y participación política, derechos fundamentales, consagrados en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto establece exigencias que no se corresponde para el ejercicio del sufragio en las elecciones de la Junta Directiva de la corporación profesional, su naturaleza jurídica, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista.

En consecuencia, se declara la nulidad del artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico, de conformidad con la interpretación y criterio expresado por la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, en sentencia N° 19 del 30 de enero de 2009, de acuerdo con el cual:

“(...) según lo dispone expresamente el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, una regla estatutaria de una asociación civil no puede ser objeto de desaplicación vía control difuso, pues éste sólo puede aplicarse sobre normas legales o jurídicas, en el sentido que ha sido explicado.

En ese orden de ideas, la eventual inaplicabilidad de normas estatutarias privadas derivaría de su nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, cuya declaratoria compete a cualquier juez de quien se pretenda su aplicación para la resolución de un caso concreto. En estos casos, si se llega a la conclusión de que las previsiones estatutarias privadas son inconstitucionales, lo procedente es la declaratoria de su nulidad previa la resolución del caso de que se trate –y consiguiente composición del asunto con prescindencia de las mismas- y no su des aplicación, la cual no puede hacerse, pues no se trata de las normas a las que se refiere el artículo 335 constitucional, se insiste, las normas legales en sentido material o normas jurídicas (Ver, sentencia N° 433/08)”.

Establecido lo anterior, se aprecia que en el proceso para elegir los miembros de la Junta Directiva y Tribunal Disciplinario del Colegio de Economistas del Estado Guárico, con acto de votación realizado el 11 de junio de 2011, fue aplicado el artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico para rechazar postulaciones, como se evidencia de la segunda pieza del antecedente administrativo, entre ellas la Plancha N° 1 que integraban los recurrentes (folios 232 al 249 del expediente).

Siendo así, debe este órgano judicial restablecer la situación jurídica infringida de conformidad con el artículo 259 Constitucional y, en consecuencia, declarar la nulidad del mencionado proceso electoral, por contrario a lo establecido en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y, 215, ordinal 3, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, por no haberse preservado la voluntad general de los electores. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la Comisión Electoral electa el 22 de septiembre de 2010, el inicio de un nuevo proceso electoral, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la publicación de la presente decisión, y con el cumplimiento de las Normas para Regular los Procesos Electorales de los Gremios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, publicadas en la Gaceta Electoral N° 547 del 07 de diciembre de 2010.

#### 6. *Derechos de los pueblos indígenas*

**TSJ-SC (2)**

**3-2-2012**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro

**Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Igualmente, esta Sala considera pertinente señalar que, el 27 de abril de 2011, mediante decisión N° 612, se ordenó al equipo multidisciplinario correspondiente a la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, de conformidad con lo establecido en la letra “b” del artículo 179-A de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizara de manera inmediata un informe técnico al niño quejoso dejando constancia de su estado de salud, físico y mental, así como de su entorno familiar, todo ello con el objeto de que la Sala se formara un concepto integral sobre la verdadera situación del niño (parte actora). Luego, el 11 de julio de 2011, el Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad

Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro informó a esta Sala, a través del oficio N° 785-2011, que no se encontraba conformado el equipo multidisciplinario de ese Circuito Judicial Penal, por cuanto estaba integrado nada más con la Trabajadora Social.

Al efecto, la Sala observa que, ciertamente, la falta de conformación del equipo multidisciplinario del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro imposibilita el informe técnico integral solicitado sobre las condiciones del niño; sin embargo, la inexistencia de dicho informe no era óbice para que se continuara con la celebración de la audiencia constitucional, pues se suplió el informe técnico integral con varios exámenes –de medicina interna, psiquiátrico y de nutrición y dietética- realizados al quejoso de autos donde se constata la situación de su entorno familiar, los cuales fueron remitidos a esta máxima instancia constitucional, el 19 de julio de 2011. Visto lo cual, la Sala procede a decidir el presente asunto, considerando todas las actas agregadas al expediente, y lo expuesto en la audiencia constitucional.

Dilucidado lo anterior, la Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la decisión dictada el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida “*Jurisdicción Especial Indígena*”.

En ese sentido, la representación de la Defensa Pública sostuvo, en resumen, que a su patrocinado se les cercenaron sus derechos fundamentales, y que las causas que ocasionaron esa vulneración fueron, entre otras, que se aplicó una condena de veinte años de prisión, sin observarse las reglas del debido proceso, como son: que no se dictó una orden de inicio de la investigación penal ni consta el acta de defunción de la víctima; no fue imputado el niño Warao, no se aplicó el principio de “*interés superior del niño y del adolescente cuando se debió aplicar el Sistema Penal de Niños, Niñas y Adolescentes*”; que se vulneró el principio de progresividad de los derechos humanos, y se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres de las comunidades indígenas según los cuales, la privación de libertad es excepcional y última *ratio* pudiéndose aplicar una sanción distinta; tampoco se verificó la presencia de los padres del niño afectado en la Asamblea Indígena, ni en el Tribunal de Control; no se explica suficientemente cómo un niño de doce (12) años pudo causarle la muerte a un adulto de la manera como se describe, considerando las condiciones socio-antropológicas; no se le hizo al niño un estudio socio-antropológico, se ordenó la separación de su grupo familiar, por lo cual se le impusieron dos sanciones, a saber: la expulsión de hecho de la comunidad indígena y la privación de libertad. Asimismo, señala la representación de la Defensa Pública que se desconoce el tiempo que estuvo el niño privado de libertad durante su juzgamiento y a cargo de quién; además de que la comunidad indígena *Warao* cuenta con una autoridad que se denomina “*AIDAMO KOBENAJORO*”, responsable de ejecutar los castigos.

Con tales argumentos solicitó la Defensa Pública que, a través del amparo, se decretara la nulidad de las dos decisiones judiciales dictadas, tanto en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” como en el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro.

Establecido lo anterior, la Sala reconociendo la existencia de la “*Jurisdicción Especial Indígena*” estima que es necesario abordar aspectos sociales y jurídicos previstos en la Cons-

titución de la República Bolivariana de Venezuela, que deben ser considerados a los fines de emitir pronunciamiento en la presente causa.

### **DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO**

Se habla de *diversidad cultural* porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural aunque todos los seres humanos pertenezcamos a una misma especie. La historia de la humanidad ha conocido una extraordinaria variedad de procesos culturales cuyos rastros perviven en los pueblos. El II Informe Mundial sobre la Cultura: Diversidad Cultural, Conflicto y Pluralismo de la UNESCO (2001) refiere que la diversidad se agrupa generalmente en torno a un núcleo cultural, por razones geográficas, históricas u otras; de modo que la frontera que separa a un grupo cultural de otro está deliberadamente marcada.

El reconocimiento en la cultura universal contemporánea de un extraordinario patrimonio étnico-cultural que no se mide por su importancia numérica, se ha elevado a la categoría de valor fundamental de la humanidad dando lugar además, a considerar *el valor e igualdad intrínsecas* de todas las civilizaciones y culturas, incluyendo la de los pueblos indígenas.

Desafiando la perspectiva liberal-individualista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las poblaciones indígenas emergieron en la escena internacional como actores socio-políticos reclamando como *derechos humanos colectivos* sus demandas históricas de justicia, pendientes y postergadas después de siglos de dominación colonial, la cual ha atravesado fases de genocidio, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, exterminios, reubicaciones, colonizaciones dirigidas, y otras atrocidades.

En el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconociendo los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Mucho antes, en el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había reconocido los derechos colectivos de los pueblos originarios en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes; así como también, otros instrumentos normativos como el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cabe señalar que en el año 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rompiendo los viejos paradigmas, reconoció los derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares. Posteriormente, las Constituciones de las Repúblicas de Ecuador (2008) y de la República de Bolivia (2009) recogieron dicha normativa.

Se estima que en el continente americano coexisten más de cuatrocientos pueblos indígenas dentro de las fronteras nacionales de los diversos Estados, cada uno con su propio patrimonio cultural y con una población indígena mayor de treinta y ocho millones de personas. En el resto del mundo, la población indígena asciende a más de trescientos millones repartidos en más de setenta países (Gutiérrez García, Erick 2011. *Los Derechos Humanos desde el Enfoque Crítico*. Defensoría del Pueblo. República de Venezuela). En Venezuela, según el Informe Socio Antropológico de la Comunidad Warao que la antropóloga Liliana Morales llamada por la Sala en su condición de testigo experta, consignó en el expediente el día 28 de junio de 2011, se precisa:

*Venezuela a diferencia de países, como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México, su población indígena aunque diversa -más de 28 Pueblos Indígenas-, no es mayoritaria -con*

más de medio millón de indígenas-, alcanza a un poco más del 2% de la población de Venezuela, de acuerdo a los datos aportados por el Censo Indígena de 2001.

*Dentro de la población indígena de Venezuela, el Warao representa 7%, siendo así la segunda etnia en tamaño poblacional (después del Wayúu, 58%; y antes del Pemón, 5%). El 79% de la población Warao vive en comunidades tradicionales, mientras que las etnias zulianas, tanto Wayúu como Añu, viven por más de 80% en áreas urbanas.*

*La población Warao, se encuentra principalmente en el Delta Amacuro, más precisamente en los municipios Antonio Díaz (aproximadamente 60 %), Tucupita (15 %) y Pedernales (10 %). En el estado Monagas viven otro 10 %; y el 5 % restante se reparte entre los estados Sucre y Bolívar (3 % entre ambos) y los demás estados (2 %). Fuera del Delta, los Warao viven, mitad en comunidades tradicionales y mitad en áreas urbanas.*

La perceptible disminución de las poblaciones indígenas en el mundo, y la preservación de sus culturas ancestrales ha hecho necesario la adopción desde los más altos niveles, de medidas tendentes a evitar el “aplastamiento” de los grupos sociales devenidos vulnerables como son los indígenas.

En 1989, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (G.O. 39.305 del 17/10/2001) revisa la normativa originaria del Convenio N° 107. Entre los fundamentos de la revisión se tiene:

*Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hace aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de la normas anteriores;*

*Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en donde viven;*

*Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido una erosión;*

*Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la comunicad, y a la cooperación e comprensión internacional.*

*Por lo cual, dispone en su artículo 2:*

*1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*

*2. Esta acción deberá incluir medidas:*

*a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*

*b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*

*c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.*

Así pues, con el referido Convenio No. 169 de la OIT, el Derecho Internacional acoge la normativa originaria y autónoma de los pueblos indígenas, reconociéndoles derechos humanos colectivos a sus comunidades autónomas, sirviendo ello de precedente normativo para muchos países, sobre todo los latinoamericanos.

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del **pluralismo jurídico**; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal –desde arriba hacia abajo por el Estado–, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican –elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas–, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstien, Arturo. 1999. *Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas*).

La aceptación del *pluralismo jurídico* supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales; por lo que en este sentido, como bien lo expresa López Bárcenas, Francisco, 1999, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

El reconocimiento de la *diversidad cultural* no se reduce a la aceptación de sistemas jurídicos diferentes, sino también implica una manera distinta de comprenderlos e interpretarlos en función del respeto a la **diversidad epistemológica**; ello incluye tanto el reconocimiento de nuevas racionalidades y valores, como también la plena validez y vigencia de las religiones, creencias y/o espiritualidades de las culturas indígenas. Es decir, se trata de introducir un principio de igualdad entre los *sistemas de conocimiento* de los pueblos indígenas a partir de sus diferencias, vale decir, se trata de la construcción de un nuevo sentido común epistémico (véase Gutiérrez García; Erick. 2011. *Op. Cit.*).

A modo de ejemplo, no se puede desconocer, a los efectos de emitir el pronunciamiento en la presente acción de amparo, la apreciación de la realidad que tienen los indígenas Warao, a partir de su cultura, religión y cosmovisión. En este sentido, se aprecia del Informe socio antropológico, elaborado por la Antropóloga Liliana Morales, y cursante en autos, que:

*Para los Warao el mundo está en un eterno y delicado equilibrio entre el hombre, la naturaleza y los seres sobrenaturales (Heinen, 1988: 664). Razones por las que se hace imperioso el actuar constante para restablecer este equilibrio. Así a cada acción de interferencia del hombre sobre la naturaleza corresponde una compensación. Y los seres sobrenaturales requieren que se les aplaque con ofrendas y cualquier disturbio de orden social requiere su kuanobe, o su recompensa.*

*La visión del Warao es la un mundo en armonía con la naturaleza y los seres sobrenaturales, opuesta a la visión de la cultura agrícola y patriarcal de los pueblos de tradición judeocristiana, donde el lema es dominar a la naturaleza.*

*Por medio de la cosmología Warao y de sus relatos míticos se puede apreciar, cómo éstos perciben el mundo, cómo son las normas que rigen este mundo, cuál es el lugar del Warao en el mundo y cómo el Warao se organiza dentro de él.*

(...)

*Dentro de esta mirada Warao, (...), se piensa que el mundo está constituido por diferentes seres (arao) que representan las diferentes especies de la flora y la fauna etc. Y en él residen, los seres sobrenaturales que en sí mismos constituyen sus "propios mundos" pero que también forman parte de este de una forma muy real.*

*La capacidad de estos seres para comunicarse, reproducirse, y transformarse de uno en otro cuando así lo desean, pone de manifiesto un concepto fundamental que interpreta la vida (arao) como lo primordial y (atejo) como lo accesorio. Por lo tanto, lo importante, no es tanto identificar cada ser por especie sino el poder identificar y ubicar las distintas "aglomeraciones" a las que pertenecen, poder identificar los diferentes grupos de seres (comunidades ecológicas) y las normas por las que se rige su comportamiento y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las mismas (Ayala 2001: 253).*

(...)

*Los Warao tradicionalmente son seres no violentos y las normas que estas "madres" inculcan a sus respectivas familias en macro, aparte de ser claras y sencillas, son reglas dirigidas a evitar la violencia, entendiendo esta como todo aquello que conlleva la eliminación de un ser. Sin embargo, para muchos seres es preciso cazar para sobrevivir, por ello, las normas permiten la cacería, siempre y cuando que esta no se dé entre miembros de la misma familia, algo que está prohibido y no es aceptado. Cada familia es consciente de esta ley, y a pesar de que la aceptan, cada "madre" instruirá a su "prole" para que eviten ser víctimas de un depredador de otra familia.*

*La misma ley que permite la cacería entre diferentes familias, simultáneamente, prohíbe que esta actividad se ejecute en exceso (sobreexplotación). Si esto ocurriera, si una madre considerara que los suyos están siendo exterminados su reacción sería contundente, mudándose a otro sector dejando a la familia del infractor sin ese recurso, de forma que estos se quedarían sin alimento y enfermarían. Lo fundamental de esta concepción del mundo que les rodea es que la conformidad no garantiza una vida libre de carencias y violencia, lo que asegura es una supervivencia de acuerdo al equilibrio dictado por el ambiente en el cual todos participan (Ayala 2001:254-255).*

Asimismo, es de resaltar, tal como se aprecia de la Guía Pedagógica para la Educación Warao Intercultural Bilingüe (2004), elaborada por el entonces Ministerio de Educación y Deportes, hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación, que el sistema educativo imperante en la cultura indígena Warao, responde, entre otras, a las siguientes interrogantes:

***¿Para qué se educa al warao?***

*El warao educa a sus hijos para que sea trabajador, para que respete a los ancianos, a los suegros, para que tenga conuco, que sepa buscar comida. Un warao trabajador no se muere de hambre. Un papá warao educa al hijo, lo corrige, a veces con palos de mamure. Un warao de ocho o nueve años, antes de ir a la escuela ya ha sido educado por su papá.*

*Se educa para ser un buen warao, respetuoso, adaptado para vivir en su tierra.*

*Decían los abuelos que hay que portarse bien con todos los warao, con las plantas, con los animales, de esto depende la salud, se aprende a no destruir la naturaleza, son enseñanzas de conservación, de salud, de buenas relaciones. Cuando el wisiratu toca la maraca, especifica el espíritu del árbol al que no se le pidió permiso para pasar.*

*A las mujeres se les enseña a cuidar a la familia, ya que el cuidado de ellas mismas, a través del cumplimiento de las normas garantiza la salud y la supervivencia.*

*Si la Educación Intercultural Bilingüe se da como tiene que darse, el pueblo warao será el mejor del mundo. Respeto a la vida, a la cosa ajena, a la naturaleza, se solucionará el problema del hambre y del desempleo; un warao que siembre bastante ocumo, tendrá alimento para vender y satisfacer otras necesidades como la vestimenta.*

***¿Qué valores se enseñan?****El respeto a los demás y a los mayores,**Solidaridad,**Aprecio al conocimiento,**Amor al trabajo,**Valentía y Hospitalidad.*

En los términos arriba indicados, es como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional. La Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se señala:

*...como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.*

*Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.*

*En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina...*

De modo que, el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

*El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...*

Ahora bien, el carácter pluricultural aceptado en la Constitución de 1999, conlleva necesariamente a superar la concepción tradicional *monista* del Derecho, permitiendo la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio, bajo la rectoría única del texto constitucional como vértice final de ambos sistemas. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, participó en la elaboración originaria del proyecto de la Constitución, la representación social de ambas realidades culturales; la representación indígena fue conformada por el uno por ciento (1%) de la población total del país, según se lee de las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional, que a la letra dice:

*[L]as autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.*

Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena. Se trata, insiste la Sala, de una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice final está en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

*Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.*

*El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.*

Tales premisas constitucionales deben ser tomadas en cuenta por esta Sala Constitucional, y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, a los fines de adoptar sus decisiones en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional.

#### **ALCANCE Y CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO O CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Como la Sala señaló *supra*, a pesar de que el Estado venezolano reconoce la existencia del derecho originario o prehispánico de los pueblos indígenas (consuetudinario y ancestral), contenido en la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, debe aplicarse dentro de los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es conforme con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que a la letra dice:

*Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

En la legislación venezolana se observa que el artículo 131 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005, define el derecho originario o consuetudinario indígena en los siguientes términos:

*El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.*

De este modo, la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que ha resultado necesaria una coordinación jurídica entre los dos sistemas normativos, todo ello en razón de que la vigilancia por el respeto de los derechos humanos le compete al Estado a través de sus distintos Poderes Públicos. Ejemplo de ello, es que el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como la existencia de su derecho, también es de la competencia del Poder Nacional como lo estableció la Sala en la sentencia N° 597, del 26 de abril de 2011, caso: *Carlos Baralt Morán y otros*, en los siguientes términos:

(...)

*cuando la Constitución reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida - artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, no postula una competencia excluyente del Poder Nacional en la tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.*

*Ciertamente, existe una gran cantidad de normas constitucionales vinculadas con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre las cuales se deben destacar el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idiomas oficiales, en los siguientes términos: “Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”; en el artículo 120, se garantiza el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, al señalarse: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley”; el artículo 123, que establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”; el “artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (...) la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (...);” o el artículo 166 que dispone que “En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley”, entre otros artículos como el 169 y 181, respecto a la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponde a los municipios con población indígena y la exclusión de las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas de la calidad de ejidos.*

*Correspectivamente, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico de rango legal, existe igualmente un régimen jurídico especial vinculado a los pueblos indígenas -vgr. La Ley*

*Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas- que permiten afirmar que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas trascienden la simple garantía de representación indígena en los cargos de elección popular, como la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos, Concejos Municipales, y Juntas Parroquiales Comunes en los Estados con población indígena o en cualquier otra instancia tanto en el ámbito nacional, estatal y parroquial, de conformidad con las leyes respectivas, así como en los órganos parlamentarios internacionales. Ciertamente, la retícula normativa vinculada con las comunidades indígenas, postula un régimen estatutario que no sólo permite integrar a las mismas a la vida social, económica y política de la República, sino que además al reconocer la importancia de su existencia y conservación para el Estado, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados en cualquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de lograr los cometidos nacionales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.*

Además, la Sala destaca que la coordinación que debe existir entre la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho estatal, debe atender al *principio de legalidad*, como lo señala literalmente el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la coordinación de los distintos sistemas jurídicos es de reserva legal, ya que la ley es el único instrumento jurídico que desarrolla esa coordinación (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otras), sin menoscabo de que la Sala Constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, complementa los vacíos legales o legislativos, en el ejercicio de la jurisdicción normativa que tiene atribuida la Sala Constitucional (véase la sentencia de esta Sala N° 1325 del 4 de agosto de 2011).

De modo que, la Sala establece, con carácter vinculante, que **el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

En definitiva, el derecho propio y originario de los pueblos indígenas integra el ordenamiento jurídico y, como tal debe estar enmarcado en los principios, reglas y derechos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en el respeto del *bloque constitucional*, el cual contiene los distintos pactos, tratados y acuerdos internacionales ratificados por la República. Se trata de brindar cobertura constitucional al hecho de que el sistema jurídico de las comunidades indígenas está integrado a la vida social, económica y política del país, tal como lo señala la Carta Magna; lo cual implica que dentro de su proceso evolutivo, el derecho originario consuetudinario indígena, hoy día no escapa de las garantías que el Derecho Constitucional impone para el respeto de la condición humana.

En efecto, el derecho propio originario de los pueblos indígenas no es hoy el mismo de otrora, por cuanto los problemas o fenómenos sociales que se presentan en las diversas etnias indígenas también se han transformado con el transcurso del tiempo, y no puede ser ajeno a la complejidad del *“espíritu del tiempo”* (Zeitgeist), lo que obliga a los integrantes de las comunidades indígenas a adoptar, si es posible, nuevas posturas ante la ocurrencia de nuevas situaciones.

De ello se deja constancia, respecto de la Comunidad Indígena Warao, en el Informe socio antropológico que cursa en los autos consignado por la testigo experta juramentada por la Sala, antropóloga Liliana Morales, de donde se extraen los siguientes párrafos:

(...)

*la aculturación, pues da elementos que nos permite, entender no sólo la situación actual de este pueblo indígena, sino que comprender el proceso de transformación profunda cultural que se ha dado en el seno de esta sociedad, y por lo que me arriesgo a hablar de una cultura profundamente perturbada y que como consecuencia pudiéramos hablar de un pueblo en peligro, cuyas normas, comportamiento y tradiciones se encuentran amenazadas por la explotación constante y masiva, los políticos que desde Tucupita nombran las autoridades en las comunidades destruyendo su propia organización social y política, la corrupción administrativa, funcionarios del gobierno incompetentes, la utilización de la mano de obra Warao, la introducción de salarios y monetarización de la economía y de principios criollos que causan una suerte de desintegración cultural.*

*A las transformaciones introducidas por el contacto con los misioneros, criollos, aventureros, comerciantes entre otros, al establecerse en la región del delta los primeros asentamientos de personas de ascendencia europea o criollos, a partir del siglo XVII, pero principalmente en el siglo XVIII.*

*Pero es a partir del siglo XX y desde hace un poco más de noventa años, que el pueblo Warao se enfrenta a incesantes y profundas fuentes de cambios culturales y sociales, representadas por las misiones religiosas en un primer momento, y luego por la sociedad criolla local y nacional. Y como consecuencia de todo, la desintegración de una cultura indígena.*

*Aunque desde hace muchos años la sociedad Warao ha tenido relación directa con la sociedad Criolla o Nacional, sobre todo al integrarse, en algunas tareas, a la vida económica nacional, los Warao han logrado mantener y difundir los valores fundamentales de su cultura y preservar su autonomía como grupo indígena. Si bien es cierto que en la actualidad los jóvenes Warao, parecieran preferir el trabajo asalariado en los aserraderos o desarrollar actividades agrícolas no tradicionales, en participar en la explotación industrial del palmito y en asumir cargos públicos en calidad de maestros y enfermeros, creando una dependencia con los sectores criollos.*

*De esta manera, las actividades de reportan ingreso monetario han desplazado a las actividades de subsistencia tradicionales. Y esa dependencia por obtener algunas monedas es directamente proporcional con el abandono de las formas tradicionales de producción y por supuesto, al final con la organización social y política.*

*En los últimos años se ha observado un resquebrajamiento de las pautas tradicionales del parentesco y de los deberes parentales, debido al interés, cada vez más grande de los jóvenes por obtener un empleo en empresas e industrias que explotan la zona. Esto ha traído consecuencias drásticas en la familia Warao, ya que los hombres han adquirido nuevas responsabilidades que han suplantado las tradicionales. Además, cabe destacar la presencia cada vez mayor de indígenas Warao en zonas urbanas como Tucupita y Barrancas, donde ejercen oficios muy mal pagados, llegando algunos a la indigencia.*

*La fragmentación de los sistemas sociales indígenas, inducida directa o indirectamente por el contacto permanente con el entorno no indígena, perturba los sistemas tradicionales de socialización de la infancia, lo que repercute negativamente tanto en la transmisión del saber cultural propio de cada grupo, como en la construcción de las identidades principalmente en contextos urbanos y peri/urbanos.*

Además, de modo complementario, la Sala hace notar que, conforme al principio de la **supremacía de la Constitución**, lo señalado en la Carta Magna debe ser considerado como norma fundamental del Estado, por lo que toda normativa existente en Venezuela debe estar subordinada al Texto Fundamental y, en ningún caso, puede contrariar su contenido, facultándose al Juez o Jueza a ejercer el control difuso de la constitucionalidad y a desaplicar la norma contraria a la Constitución (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se declara.

### DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ADVERSADAS CON EL AMPARO

En el caso *sub iudice*, la defensa pública penal del legitimado activo intentó la presente acción de amparo constitucional contra dos decisiones, a saber: la dictada, **el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena”**, mediante la cual condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la dictada, **el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, ordenando su ejecución.

El hecho sometido al procedimiento especial indígena se refiere, según se desprende de las actas que conforman el expediente, a que, presuntamente, el niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le ocasionó la muerte al ciudadano Lucio Romero, quien también era un indígena Warao, en la comunidad indígena de Boca de Atoibo, del Estado Delta Amacuro, el día sábado, 19 de septiembre de 2009.

Ahora bien, con relación a la decisión proferida por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, la Sala observa, en primer lugar, que la misma fue elaborada, en principio, conforme a los parámetros legales establecidos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; esto es, según los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de esa Ley especial.

En efecto, el procesamiento del niño indígena Warao cumplió con el criterio de competencia territorial, por cuanto se trató de un hecho acaecido dentro del hábitat y tierra de la etnia Warao ubicada en el Estado Delta Amacuro; con el criterio de competencia personal, por tratarse el sujeto activo –así como el pasivo- de un integrante de la Comunidad Indígena Warao; y con el criterio de competencia material, que se refiere a que “[l]as autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia [de] que se trate. Se exceptúa de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión”.

Respecto del criterio material de competencia citado, y como una excepción adicional, cabe invocar el criterio, con carácter vinculante, de esta Sala Constitucional sobre la competencia de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer para conocer, en los casos en el que sujeto pasivo sea una mujer, los hechos punibles cometidos por cualquier indígena, en la sentencia N° 1325, del 4 de agosto de 2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*:

*Preliminarmente, visto que el amparo de autos fue interpuesto por el defensor del ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, quien es indígena, perteneciente a la “Comunidad Indígena Chaima”, y fue imputado por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenaza en perjuicio de la ciudadana Emereida del Valle Faría Sabolla (no indígena), esta Sala estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:*

*Es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos entres otros aspectos, todo ello*

*atendiendo a la evolución socio cultural de los pueblos y la necesidad de crear normas que permitan la integración y coexistencia de los habitantes de un entorno geográfico y socio político, con garantías propias de la dinámica de la vida en sociedad, sin menoscabo de la identidad de cada grupo que la integra.*

(...)

*Ello así, la Sala considera que [las] disposiciones legales vigentes en Venezuela deben ser aplicadas por las autoridades del Estado venezolano, pues constituyen inequívocamente el reconocimiento y existencia de la Jurisdicción Especial Indígena, regida por sus tradiciones ancestrales y propias respecto de los miembros de sus comunidades, debiendo entenderse actualmente esta jurisdicción no desde el punto de vista formal, tal y como está estructurado el ordenamiento jurídico y jurisdiccional ordinario, sino como un conjunto de tradiciones y pautas étnico-culturales que lo rigen y que no han sido creadas por las leyes venezolanas ni internacionales, sino que por el contrario, han sido reconocidas por éstas. Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos.*

*Con atención a ello, si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales.*

*A este tenor, el artículo 8, numeral 2 del señalado Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes dispone:*

*“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”*

*En este sentido, el ya citado artículo 9 numeral 1° del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citados supra, establecen que se podrá aplicar la usanza, práctica o costumbre indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público. En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: “Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna”; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.*

*Ello se reafirma del párrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: “Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo.”*

*Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.*

*Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Sala –con carácter vinculante- reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, y en consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide.*

De manera que, la Sala observa que en el caso bajo estudio no se encuentra comprometido el aspecto competencial por la materia, toda vez que los hechos sometidos a la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no se corresponde con las excepciones referidas, por lo que la Sala reconoce la competencia establecida en el artículo 133 de la Ley especial.

Además, la Sala precisa que la aplicación del artículo 549 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al deber del Juez o Jueza especializado en materia de responsabilidad penal del adolescente de observar, en el proceso penal del adolescente del derecho formal, los usos costumbres pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el proceso, sólo es posible cuando no se encuentren cumplidos los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esto es, cuando un adolescente indígena haya cometido un hecho punible en un lugar distinto de su hábitat o los delitos sean aquellos que dicha disposición normativa establecen deben ser juzgados por el derecho formal u ordinario. Así se declara.

Ahora bien, **a pesar de que la competencial material, personal y territorial no se encuentra infringida en el presente caso**, la Sala constata, de las actas que conforman el expediente y de los testimonios realizados por los testigos expertos en la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, que la decisión dictada el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de “*homicidio intencional*”, contiene un vicio de índole constitucional, al comportar ese pronunciamiento la violación del principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al apartarse de las prácticas ancestrales propias de la cultura indígena Warao, respecto de las autoridades indígenas legítimas llamadas a conocer los conflictos planteados entre sus miembros.

En efecto, la violación del principio del *juez natural* en el presente caso tiene como fundamento, las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el estudio socio antropológico de la Comunidad Warao que cursa en autos, los problemas que se presentan en las etnias indígenas, “*son resueltos por las autoridades que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena*”, lo que se conforma con el contenido del artículo 260 de la Constitución.

En ese sentido, se señala que “*La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el Cacique para los Yukpas y Barí, el Capitán para los Kariñas y el pueblo Pemon (sic), el Pütchipü’ü o “palabrero guajiro” para los Wayuu y los Aidamos para el pueblo Warao, a modo de ejemplo*”.

Asimismo, se destaca en el referido Informe que “*Para ejercer la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados*”.

Se precisa que “*Los pleitos y diferencias que afectan a la comunidad se resuelven mediante la llamada monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros. También sirve para decidir estrategias de subsistencia, viajes y asuntos legales con las autoridades o instituciones venezolanas...[y que] entre los Warao, no existe la figura del “cacique indígena”*”.

Al respecto, se acota que el “*AIDAMO*” (definido como Señor o Jefe por el *Diccionario Warao Castellano*, realizado por el Padre Barral y editado por la Universidad Católica Andrés Bello y Hermanos Menores Capuchinos, Caracas, 2000), tiene como principal actividad “*la aplicación del derecho consuetudinario Warao*”, el cual se basa “*...en el dialogo, el trabajo comunitario, la humillación pública, la indiferencia y el exilio o destierro a los miembros del grupo que cometen un hecho punible. El tipo de pena depende de la gravedad del hecho. Pues, para el Warao la justicia se fundamenta en el restablecimiento del daño, la resocialización del infractor y la protección de la comunidad y restauración de su integridad*”, y que todo ello se aplica a través de una “*monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros*”.

De manera que “*La monikata es una institución de consejo de ancianos y de la comunidad, la meta o el fin es plantear un problema con miras a lograr la armonía y el diálogo no termina hasta que se haya encontrado una solución, donde todas las personas involucradas salgan satisfechas y quienes tienen más voz son los hombres ancianos, poseen mayor autoridad y la norma a seguir es que todos salgan satisfechos*”.

Así pues, la Sala destaca que la Comunidad Indígena Warao tiene definida cuál es la autoridad legítima y competente para resolver los conflictos en su derecho originario o propio; y además, los mecanismos de solución del conflicto. La autoridad legítima y competente en la etnia Warao para dilucidar todos los conflictos según el derecho consuetudinario indígena es el *Aidamo*, quien ejerce su función jurisdiccional a través de una *Monikata*.

Tales afirmaciones fueron ratificadas por los distintos testigos expertos juramentados por la Sala, cuyas testimoniales fueron evacuadas en la celebración de la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, a saber:

La Antropóloga Bernarda Escalante, expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

*...que nunca he oído hablar de Caciques indígenas [en el Delta Amacuro]...no sé si son autoridades tradicionales o son autoridades nombradas desde afuera...cuando digo desde afuera digo desde la autoridad regional...cuando nombran a los Comisarios...la autoridad tradicional según la tradición indígena viene dada por el jefe de una comunidad...en la comunidad vive el esposo, la esposa, los hijos solteros, las hijas solteras, las hijas casadas con sus respectivos esposos y los nietos...es una familia extendida y el jefe, hablamos en castellano, en Warao se le llama el Aidamo y él es el que tiene autoridad absoluta en la Comunidad...los varones que se casan van a vivir a otra comunidad y dependen de otro Aidamo y dentro de la comunidad en donde se solucionan los conflictos...no es que llamen gente de afuera, la propia comunidad con el Aidamo al frente es quien soluciona los conflictos...cuando el conflicto ocurre entre dos comunidades la solución del conflicto se lleva a cabo en conversación en Asamblea, la famosa Monikata, que es la reunión para solventar conflictos, llegando a acuerdos...nunca he visto que Aidamos de otras comunidades...a solucionar problemas de una comunidad sola o al menos de dos...en el caso que nos toca...no he visto que...el conflicto se haya solventado dentro de la propia comunidad y que ninguna de las dos partes, la agresora y la agredida, hayan tenido la oportunidad de reunirse para solventar el problema de acuerdo a la tradición...*

Asimismo, la antropóloga Liliana Cabrujas Morales refirió lo siguiente:

*...de acuerdo a la literatura antropológica y escrita hasta ahorita son los Aidamos los representantes y autoridades tradicionales en las comunidades indígenas...son ellos los que resuelven los conflictos...esta figura del Aidamo, que es el anciano de la comunidad, viene dado en ello el liderazgo no por el poder que puedan tener sino por el respeto y la autoridad que se han ganado ante la comunidad y ante cada uno de sus miembros, lo cual es importante que sepamos que no son nombrados o elegidos, la autoridad es dada...los miembros saben que es él el jefe...de acuerdo a toda la literatura antropológica e histórica y que se ha recopilado, los Waraos no tienen la pena de la cárcel por lo cual nos parece realmente que no está dentro de las tradiciones indígenas la cárcel ni mucho menos veinte años de prisión...ellos tienen su sistema punitivo que viene dado a través de la Monikata...esta Monikata y esta actuar durante dos días tres días consecutivos es para lograr recuperar la armonía que la Comunidad tenía...el aidamo es la figura que preside la asamblea, esta Monikata, donde se llega hasta que todos estén conformes con la decisión que se tome...son tanto el agredido como el agresor y la familia de cada uno de ellos, al final, el último objetivo de esta Monikata es llegar realmente a un consenso y es través del diálogo y no a través del castigo, y sin al final hay que someter a un castigo ellos tienen un sistema punitivo...que nunca es la cárcel.*

El antropólogo Werner Wilbert, expuso lo siguiente:

*La cultura Warao responsabiliza al individuo directamente por sus acciones...cuando hablamos de conocimientos ancestral y tradiciones ancestrales tenemos que los Waraos tienen en el Delta como siete mil quinientos años porque hablan cuando Trinidad estaba conectada a tierra firme...el contenido de su memoria son los mitos y el folklore...folklore y mitos no son cuentos...son la relaciones empíricas e interrelaciones socios culturales de un entorno socio ambiental, por lo tanto demuestran ejemplos de comportamiento, ejemplo de eventos y cómo fueron solucionados y no solucionados...con respecto a delitos y penas impuestas los mitos demuestran que en la época mitológica los Waraos se consiguen en el morichal una cesta de comida que no era suya tenían hambre y todos menos uno comió de la comida, vino el espíritu que era dueño de la comida y arrancó los ojos de los que comieron*

*de la comida, menos a aquél que no comió la comida, es un castigo exagerado, sumamente exagerado, pero el niño que escucha a través de la inculturación, son cuentos que cuentan todos los días, los viejos empiezan a contar y los niños oyen, es un mensaje claro que robar es malo, robar no se tolera, no te van a sacar los ojos...pero tiene claro que es seria la consecuencia...otro caso, infidelidad...hay un hombre que en tiempo mitológico descubre que su esposa estaba con otro hombre, él mata al otro hombre, consecuencia: él se convierte en garza y sale de la aldea –exilio- el asesinato no es una medida aceptada...algo real, en cuento de infidelidad entre un muchacho y una mujer, el castigo en tiempo real es que pone la mujer en el centro del palafito, no la castigan, le pegan, nada, todos los que pasan saben porque ella está sentada allá, es humillación...sin violencia para controlar la comunidad...al hombre lo amarran por los tobillos y suben un mecate por una viga y dejan los hombros por el suelo...es humillación, porque no pueden deshacerse del hombre porque en la aldea solo hay cincuenta personas...doce hombres y doce mujeres, es un equipo indispensable...casos más serios...cuando hay algo sumamente serio...Najakara...es el enfrentamiento entre el agresor y un defensor, por ejemplo alguien insulta a la esposa de uno dejando un símbolo fálico en el camino de su conuco, la mujer se queja con su esposo, su esposo reta a la persona, abren una cancha como media cancha de tenis...forman dos escudos... la idea es empujar uno a otro fuera de la cancha, el que salga de la cancha pierde, si es el agredido que es botado fuera sucede nada, el delito no se castiga...pero si el bota a la persona que fue el agresor tiene que dejar la aldea también...eso quiere decir el exilio...es una sociedad y una cultura que controla su sociedad a través de una moral donde casos como el presente son tan escasos que Warao matando a Warao creo que pueden contar con una sola mano en treinta años...el Warao si ha tenido un impacto de nuestra cultura...el impacto no es solo la cultura material sino el dinero, hay muy poco empleo y hemos convencido que el Warao ahora tiene que andar vestido...ahora cuando antes había que hacer una casa los primos se juntaron los yernos se juntaron y construyen la casa, ahora se cobran unos a otros, si uno no tiene, no trabaja...entonces la reciprocidad balanceada que tenía la Comunidad está empezando a desmoronarse por el dinero...con respecto a la violencia...las películas que ven los muchachos...la violencia desmesurada es absolutamente insólita y si tienes un muchacho que escucha un mito y lo toma como verdad, al ver la pantalla se pregunta si es verdad o un cuento...pero lo que se ve es que el muchacho la violencia como una alternativa viable...el ambiente moderno trae al muchacho Warao como una alternativa para resolver un problema que antes no se veía”.*

El abogado Julio Ávalos, sostuvo:

*Sabemos que los Aidamos se reunían o se reúnen tradicionalmente para resolver este tipo de controversias...hay otras autoridades de más reciente data producto del contacto con la cultura occidental, no es que no sean autoridades sino que son otro tipo de autoridades...y la Constitución en el artículo 260 ha dicho que son las autoridades tradicionales las que están facultadas para emitir este tipo de juicio, de tal suerte que no se está desconociendo la autoridad de los Waraos si se dice que un Cacique o un Comisario o un Fisikari ... cualquier otro tipo de autoridad lleva a cabo una acción de autoridad pero no es la autoridad tradicional y por lo tanto no es la legitimada para proceder como lo hizo el presunto tribunal especial indígena en este caso...quiero hacer notar que de la lectura del acta [de juicio indígena] no se desprende realmente de que los indígenas que participaron en aquella sesión hubiesen realmente realizado un proceso para juzgar al joven Warao...de la lectura del acta más bien se desprende que se inhibieron de hacerlo, reiteradamente varios de los Caciques que se mencionan en esa reunión solicitan la intervención de un proceso judicial para juzgar al joven Warao...en mi concepto lo que han hecho los Caciques ha sido inhibirse y proponer una pena de veinte años de prisión...hay dos elementos primordiales para poder hablar de un procedimiento jurisdiccional indígena, uno de ellos es el uso de derecho sustantivo indígena y derecho adjetivo indígena...desde el punto de vista adjetivo era necesario poder establecer algunos parámetros para poder hablar del Monikata.*

*Nome Anaka...en ese proceso jurisdiccional que es tradicional entre los Waraos no existe esos elementos...desde el punto de vista sustantivo tenemos que pretendidamente el Tribunal Especial Indígena hizo uso de normas del derecho sustantivo ordinario, eso a mi juicio es tan inadmisibile como que un tribunal ordinario de la República Bolivariana de Venezuela pretendiera hacer uso de norma del derecho sustantivo indígena para juzgar a un indígena...la sentencia es a todas luces inválida...el derecho que tiene que ser aplicado es el derecho tradicional de los pueblos indígenas...la naturaleza de los procesos jurisdiccionales en la tradición Warao han sido históricamente la línea de buscar la conciliación, en la línea de buscar la restitución de los daños causados...en esta caso no observamos nada de eso...y eso es un mandato del artículo 234 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas...de lo que estamos hablando en este caso, en mi opinión..., estamos hablando de una especie de conflicto de jurisdicción...en cuanto...un presunto Tribunal Indígena pretende aplicar derecho indígena y erró aplicando derecho ordinario.*

Opinión que fue ratificada en su escrito consignado al finalizar la audiencia constitucional.

Por su lado, el abogado Santos López Orta, expresó:

*...básicamente me preocupa mucho, porque estas decisiones van a sentar un precedente de cómo hay una relación entre la jurisdicción conocida para nosotros los indígenas como ordinaria y la jurisdicción especial indígena y particularmente lo especial viene dado al reconocimiento de usos, costumbres a un sistema de justicia que se viene ejerciendo consuetudinariamente y que es garantía de salvaguardar el patrimonio cultural de nuestros pueblos...he podido observar de su comportamiento social [del pueblo Warao]...que hay una situación que hay que tener bien clara y es que hay una interculturalidad en que la comunidades son objeto, ellos reciben mucha información que tienen que ver con los medios de comunicación masiva que los pueden impactar algunas veces positivamente si se utiliza como herramienta pedagógicas pero se pueden impactar negativamente de otra y es importante para ese procedimiento particular que se llevó por parte de los Caciques...que esa administración de justicia viene dada, además de estar afuera del ámbito territorial, que no se ejerció, y es un elemento fundamental, viene dada con una carga con una preocupación según lo vemos en el acta de los Caciques, vienen diciéndonos que no tienen manera de manejar de esta problemática que se le están escapando de las manos, todos manifiestan una preocupación, estamos muy preocupados, hay que castigar...y se desprende del acta que ninguna toma la iniciativa de castigar, se puede observar que hay ciertas limitaciones para revisar la situación, hablan del joven como un infiltrado...no vamos a desmerecer de la intención este grupo de responsables de autoridades de la comunidad, pero sin embargo tenemos que tomar en consideración eso, hay que tener conciencia de que hacía falta...conocer la condición social del adolescente y eso no sucedió...*

Posteriormente, a la pregunta formulada por los Magistrados de esta Sala, respecto de que si ¿los Caciques de este juzgamiento coinciden con los Aidamos?, la antropóloga Bernarda Escalante respondió en la forma siguiente:

*Es la pregunta que yo me hago y me la hago con toda claridad porque hace un mes más o menos...en el penúltimo viaje a Tucupita...yo me reuní con un indígena en la Plaza Bolívar...precisamente haciéndole muchas preguntas...oyendo directamente a los indígenas...y el casualmente, de manera muy espontánea, yo le pregunté qué es eso de Cacique?...me dijo es cierto, los jefes nuestros son Aidamos...de allí viene mi duda, de que si es una autoridad, si se está refiriendo en cada Comunidad de una autoridad reconocida porque es el viejo o suegro, bajo cuya autoridad están sus hijos solteros, hijas solteras, sus hijas casadas, sus yernos y los nietos, son varias familias viviendo juntas o es una autoridad [Los Caciques] impuesta desde afuera...nombrar autoridades desde la autoridad regional trajo muchos problemas porque enfrentó de repente...yo conocí a un Aidamo muy sabio, con mucha autori-*

*dad, no poder, mucha autoridad moral, cuyo yerno, un tipo que sabía leer y escribir, era su jefe nombrado desde Tucupita, entonces estaba socavando la autoridad tradicional, porque los Waraos no sabían si respetar a su suegro o si respetar a su conuñado...*

Además, la Diputada indígena del Parlamento Latinoamericano, Dalia Herminia Yáñez, quien estuvo presente en la audiencia constitucional y pertenece a la etnia Warao, intervino en la audiencia constitucional a solicitud de la Presidenta de la Sala, con el objeto de responder la siguiente pregunta:

¿Cómo considera en este momento el pueblo Warao lo que ha ocurrido en este proceso, se sienten sorprendidos en lo que ha debido ser una estructura de acuerdo con sus costumbres ancestrales o realmente aceptan que allí ha ocurrido una convocatoria legítima a una Monikata?

A lo que respondió:

*En este caso particular...en cuanto al Cacique no es de nosotros pero en cuanto a la organización y la toma de decisión, en este caso particular...es un niño para nosotros...para el Pueblo Warao el niño es niño y no hay adolescencia...la reunión que sostuvieron los Aidamos allí yo no lo comparto, particularmente no lo comparto por dos razones fundamentales: lo que dijo un experto que es una reunión que tiene que resolver el representante o el jefe de la comunidad, la toma de decisión, allí no pueden entrar los demás Caciques, nombrados bien sea por los curas o por los evangélicos, nada de eso, prevalece la cultura, allí tiene que mandar, la decisión es del Aidamo conjuntamente con esa comunidad...quién convocó la otra reunión que sentencia cincuenta años, eso no es así...si la persona que cometió del delito se encargará el Aidamo y el sabio indígena qué sanción...si la sanción es grave los espíritus se lo va a llevar, no hay agresión, no hay sentencia de cincuenta años, dos tres días verá, el sabio se encargará de esa sanción si el caso es grave, esa es una realidad, porque nosotros vivimos con los espíritus...por otro lado..., el niño que vive dentro de la Comunidad, el niño que pasa ahorita a ser sentencia a veinte años de sanción...no tomaron en cuenta la autoridad de la otra cultura que el niño no sabía hablar castellano...sancionado allí sin un traductor debidamente...por otro lado...los estudios carecen de información...no hubo un buen traductor para poder sancionar de esta manera...hay variante de diversidad...variante dialéctica en los Estado...bajo Delta, medio y alto Delta...no utilizaron la ley de que el Aidamo no tomó decisión... además de la manifestación de la cultura, la sanción del niño...un niño de doce años...si el niño viviera en un barrio...si el niño indígena viviera en un barrio sería diferente del niño que vive dentro de la comunidad.*

De modo que, esta Sala precisa que los anteriores testigos expertos y la Diputada Dalia Herminia Yáñez coincidieron, al relatar sus conocimientos sobre la cultura y sistema punitivo de la etnia Warao, en los siguientes aspectos:

1.- Que el pueblo Warao tiene bien definido, por sus costumbres y tradiciones ancestrales, que la persona que debe resolver todos los conflictos que se presentan en una comunidad determinada es la autoridad llamada *Aidamo*, quien, en la mayoría de los casos, es el miembro de la comunidad que tiene más edad. Para el pueblo Warao no existe el Cacique, quien es una autoridad reconocida en la población indígena Yukpa.

2.- Que la resolución de conflictos en la cultura indígena Warao la realiza el *Aidamo* en una asamblea denominada *Monikata*, que se celebra en la comunidad donde sucedió el hecho, y deben estar presentes la autoridad de esa Comunidad y los agresores y agredidos –o sus familiares-. Esta *Monikata* puede durar algunos días, dependiendo de la complejidad del asunto, y siempre termina cuando se llega a una conciliación o acuerdo, esto es, cuando el conflicto haya sido solventado dentro de la propia comunidad.

3.- Que no es común que “*Caciques*” o autoridades de otra comunidad resuelvan los problemas de una comunidad que no es la propia.

4.- Que no es común que exista agresión o violencia entre los Waraos; y en el derecho consuetudinario indígena no existe, como sanción, la pena privativa de libertad o cárcel; toda vez que cada uno de los integrantes de la comunidad Warao son indispensables para su supervivencia colectiva. Cada indígena Warao ejerce un rol importante en la comunidad. Que por el contrario, algunas de las sanciones que suelen emplear son la humillación y el exilio de la comunidad, pero que históricamente el objetivo de la comunidad es lograr una conciliación pacífica.

5.- Que la cultura Warao ha sido permeada por la cultura occidental, y ello ha traído nuevos problemas y situaciones inusitadas que los mismos Waraos no están acostumbrados a confrontar.

Por lo tanto, la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao, cuya identidad se omite conforme al contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena.

En efecto, la Sala observa, en primer lugar, que la “*Asamblea de Caciques*” en la cual se le aplicó al legitimado activo la pena de veinte años de prisión fue dirigida por unas autoridades denominadas “*Caciques*” de distintas comunidades Warao, quienes no eran las autoridades tradicionales o legítimas para resolver el problema que les fuera planteado respecto del niño quejoso, ya que la autoridad competente era el *Aidamo* de la comunidad donde el hecho se cometió. “*Los Caciques*” que actuaron en el presente caso no tenían legitimidad, y ello se evidencia además de la aplicación de una sanción distinta a la correspondiente en la tradición Warao. La sanción aplicada fue de veinte (20) años de prisión, pena que corresponde al derecho penal sustantivo formal y no, en cambio, tuvo referencia en el derecho originario indígena.

Por lo tanto, la Sala hace notar que el principio fundamental del *juez natural*, al no estar conforme con el sistema jurídico Warao, se encuentra infringido en el presente caso, toda vez que el niño indígena, presunto infractor, no fue juzgado por las autoridades legítimas reconocidas ancestralmente por el pueblo Warao; requisito que, además de tener como origen el derecho consuetudinario de esa etnia, se encuentra jurídicamente establecido en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

*Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público...*(destacado de este fallo).

La anterior disposición normativa tiene su equivalencia en lo señalado en el 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, cuando señala:

*La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras...*(destacado de la Sala).

Respecto del principio del *juez natural*, la Sala lo ha considerado como un derecho humano fundamental y universal, y por tanto de orden público, tal como se señala en la sentencia N° 144, del 24 de marzo de 2000, caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, donde se asentó lo siguiente:

*Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.*

*Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas. El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.*

*Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:*

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

*...Omissis...*

*4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.*

*La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

*Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que tras-tone al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.*

De modo que, al haber sido juzgado el adolescente indígena Warao en el presente caso por autoridades no legítimas, como fue la asamblea de Caciques, no reconocida por el derecho propio de la cultura Warao, se violó el principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (folio 41 del expediente), que el denominado “*Cacique*” de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada Monikata, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Penal Indígena*”, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

En efecto, el mencionado Juzgado Segundo de Control especializado en responsabilidad penal del adolescente estaba facultado, por imperativo del referido artículo 134 *eiusdem*, para revisar, a petición de parte interesada, las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al hacer uso de esa facultad, el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, una vez oído el niño Warao, con el respectivo traductor, avaló y ejecutó, sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, en la forma siguiente:

*Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagónica, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora sí existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.*

*Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de res-*

*ponsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluso a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic) en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.*

Adicionalmente al incumplimiento de los requisitos formales previos, la Sala precisa que el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, al avalar la sentencia dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, no ordenó la incorporación de elementos probatorios distintos a los relatados por la partes involucradas en el conflicto, por lo que la conclusión a la que arribó ese Tribunal, referida a que no podía “*soslayar dicha sentencia*”, y que “*la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías*”, se basó en un falso supuesto.

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con “*los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías*”. Era necesario, entonces, verificar el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios, cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del *juez natural*, principio este que ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*” la cual ha sido anulada por esta Sala, y mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”, la Sala, conforme al contenido de los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluso en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el párrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años.

Por último, visto que esta Sala ordenó la inmediata libertad del niño indígena Warao de autos y dada las probabilidades ciertas de su reinserción social, que incluye la Comunidad Indígena de Siaguani, ubicada en el Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, la Sala exhorta a la Defensoría del Pueblo y la Defensa Pública Penal para que, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 7 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y el numeral 5 artículo 78 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, respectivamente, velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

Asimismo, la Sala ordena al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro que, conforme con lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su Comunidad. Así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala, visto igualmente que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo con carácter vinculante de la coexistencia del derecho originario indígena con el ordenamiento jurídico estatal, ordena su publicación en la Gaceta Judicial de este Alto Tribunal y en la *Gaceta Oficial* de la República.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. *La Administración Pública*

##### A. *La Administración Descentralizada: Empresas del Estado. Privilegios y prerrogativas*

**TSJ-SPA (1)**

**18-1-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes.

**La extensión de los privilegios de que goza la República a las Empresas del Estado es procedente siempre y cuando exista expresa previsión legal**

Determinada la naturaleza jurídica de la sociedad de comercio REUNELLEZ, S.A. como una empresa del Estado, se precisa esclarecer de seguidas si los privilegios procesales de la República -y concretamente el atinente a la inembargabilidad de sus bienes- le son extensibles a la contribuyente.

2.- De la extensión de los privilegios procesales de la República a la contribuyente.

En atención a que la sentencia apelada consideró aplicable a la contribuyente la prerrogativa procesal de inembargabilidad de bienes de la cual goza la República, por el hecho de ser una Empresa del Estado, cuyo patrimonio en su totalidad pertenece al Estado venezolano, a través de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales “Ezequiel Zamora” (UNELLEZ) poseedora del cien por ciento (100%) de sus acciones, se hace imperativo para la Sala verificar la conformidad de la decisión al régimen que le es aplicable a la empresa contribuyente.

Así, del análisis tanto del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública como el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ambos del año 2008, se constata la inexistencia de normas que otorguen la posibilidad de que las empresas del Estado gocen de los privilegios y prerrogativas que la Ley acuerda a la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, el referido Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública establece en sus artículos 102 al 108, la forma de creación y la legislación que rige a las empresas del Estado, pero no les hace extensivos los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República.

La necesidad de que exista expresa previsión legal en estos casos es esencial, y así lo dejó sentado de manera vinculante la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en la sentencia N° 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)*, ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión del 9 /2009. En esos fallos la Sala Constitucional indicó que para ser extensibles a un ente público los privilegios procesales de la República es indispensable que éstos se encuentren previstos legalmente.

Efectivamente, en el último de los indicados fallos la mencionada Sala estableció lo siguiente:

“(…) la Sala observa que la decisión impugnada extendió los privilegios procesales de los cuales goza la República a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), por el sólo hecho de ser una empresa del Estado y sin que existiera expresa previsión legal para ello, desconociendo la doctrina vinculante de la Sala vertida en la sentencia 14 /2006, la cual estableció:

‘Ahora bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario aclarar, tanto a la accionante como a la primera instancia constitucional, que sostuvieron que la Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO) como empresa del Estado ostenta las mismas prerrogativas de la República, en el sentido de que la no comparecencia de ésta a la audiencia preliminar debió entenderse como contradicha, así como el impedimento de ser condenada en costas, que tal afirmación es incorrecta.

En este sentido debe señalarse que si bien es cierto que la Ley Orgánica de Administración Pública consagró la aplicación de los privilegios procesales a entes distintos a la República, como es el caso de los Institutos Autónomos (artículo 97), tal normativa no hizo extensivo dicho privilegio a las denominadas empresas del Estado, ya que es menester aclarar que para que tal privilegio sea aplicable a determinado ente público es necesario que exista expresa previsión legal al respecto.

La referida ley dedica una sección a las empresas del Estado, dirigida a establecer su forma de creación y la legislación que las rige, pero no les otorga, como si lo hace de forma directa a los institutos autónomos, tales privilegios y prerrogativas.

En atención a los razonamientos expuestos, se observa que en el caso de autos, como se señaló supra la parte demandada Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENTRO), es una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia, constituida ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, cuyo principal accionista es C.A.D.A.F.E. En consecuencia, considera la Sala que a dicha compañía Estatal no le son aplicables los privilegios establecidos en los artículos 66 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en razón de que la Ley Orgánica de la Administración Pública no hizo extensivo los mismos privilegios y prerrogativas de la República a las denominadas Empresas del Estado, las cuales gozarán de dicho privilegio sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca' (Subrayados y negrillas de esta Sala Político-Administrativa).

Cabe destacar que el criterio antes señalado fue asumido por esta Sala Político-Administrativa, entre otros, en el fallo del 7/2006, al sostener que la extensión de los privilegios de que goza la República a las Empresas del Estado es procedente siempre y cuando exista expresa previsión legal.

En la citada decisión se manifestó lo siguiente:

“(...) el ente reconvenido es una empresa del Estado, específicamente, la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), (...) en consecuencia, considera la Sala que a ella no le es aplicable el procedimiento administrativo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en razón de que la Ley Orgánica de la Administración Pública no extendió los privilegios de los que goza la República a las empresas del Estado, las cuales sólo gozarán de dicho privilegio cuando la Ley expresamente se los otorgue.

Por lo tanto, aun cuando en anteriores oportunidades (*Vid.* Sentencia N° 2870 de fecha 20 de noviembre de 2001) esta Sala ha sostenido que ‘en el contencioso de las demandas (...) los entes del Estado poseen una serie de garantías o privilegios, como lo sería el antejuicio administrativo’, argumento que sirvió de fundamento al Juzgado de Sustanciación para dictar el auto apelado, es necesario aclarar que el referido criterio debe ser interpretado restrictivamente y sólo puede ser aplicado a un determinado ente público cuando sobre el señalado particular exista expresa previsión legal (...).”(Destacado de esta Sala Político-Administrativa).

La Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en decisión de 21/2008, caso: Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional enfatizó que el reconocimiento de privilegios y prerrogativas es de interpretación restringida lo cual presupone que su previsión sea expresa y explícita, en razón de lo cual concluye reiterando que dichos privilegios y garantías de la República:

“(...) no pueden ser extendidos a las Empresas del Estado (...) las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca (...).”(Destacado de la Sala).

En armonía con el criterio expresado, en reciente sentencia del 10 /2011, caso: *Ana Raquel Méndez de Briceño vs. CADAFE*, hoy CORPOELEC, esta Sala Político-Administrativa al pronunciarse respecto a la extensión de uno de los privilegios de la República (consulta legal) a la mencionada empresa del Estado, expuso lo siguiente:

“(…) en sentencia N° 1582/2008, reiterada en sentencia 10-12-2009, [esta Sala] indicó:

(*omissis*)

‘Cuando los privilegios procesales derivan de normas legales, ciertamente es necesario reflexionar acerca de su alcance. En especial, el intérprete debe ser en extremo cuidadoso, su aplicación no puede alterar, afectar ni vulnerar derechos de rango constitucional, de allí que, no puedan hacerse extensivos, por ejemplo, a las empresas del Estado, las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca. (*Vid.* sentencia N° 2291/2006, del 14.12, caso: *Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)* y que, en ocasiones puedan ceder ante casos muy particulares de abuso de derecho o de manifiesta injusticia. (*Vid.* sentencia N° 3524/2005, del 14-11, caso: *Procurador del Estado Zulía*).

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

Este tipo de criterio se reitera en la sentencia N° 2291/14.12.2006. Más precisamente, esta Sala en sentencia N° 934/09.05.2006, dijo:

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

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

Como puede observarse de la sentencia parcialmente transcrita, las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, a menos que exista previsión legal expresa, tomando en consideración que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de la igualdad y tutela judicial efectiva.

Siendo ello así, se observa que la sentencia sometida a ‘consulta legal’ (...) condenó por indemnización de daño moral a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), empresa del Estado, cuyas acciones pertenecían al Fondo de Inversiones de Venezuela, ahora Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (...).

(*omissis*)

(…) en el presente caso, estamos frente a una sentencia definitiva, en la que se condenó a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) al pago de una indemnización por daño moral y siendo que el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, al regular, en el artículo 102 y siguientes, lo relacionado con las Empresas del Estado no hizo extensibles las prerrogativas y privilegios establecidos a favor de la República en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala considera que no procede la consulta de la sentencia N° 2009-01877 dictada en fecha 09 de noviembre de 2009, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, queda firme la referida decisión. Así se decide.”

En consonancia con lo anterior, de conformidad con el artículo 99 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, se aprecia que son procedentes las medidas de ejecución preventivas sobre los bienes de las “Empresas del Estado”, lo cual pone de manifiesto que -tal como lo asevera la representación judicial del Fisco Nacional- es clara la intención del legislador de no extender la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de que goza la República a las nombradas empresas.

En el caso concreto, la Sala observa que la normativa de creación de la sociedad mercantil Rental de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales “Ezequiel Zamora”, S.A. (REUNELLEZ, S.A.) tampoco extendió a dicha empresa los privilegios y prerrogativas propios de la República.

Al ser así, contrariamente al pronunciamiento de la Sentenciadora, el privilegio procesal de inembargabilidad de bienes a favor de la República no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que la afirmación en el fallo apelado acerca de que era imposible embargar los bienes de la sociedad mercantil contribuyente y ordenar “levantar” la medida dictada por el Tribunal de la causa, desconoció la doctrina vinculante emanada de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, reiterada por esta Sala Político-Administrativa -entre otras- en la reciente sentencia N° 1104 del 10 de agosto de 2011, caso: *Ana Raquel Méndez de Briceño vs. CADAFE*, hoy COR-POELEC, parcialmente transcrita en líneas anteriores. Por tales motivos, procede declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por el Tribunal de mérito. Así se declara.

## 2. *El Poder Judicial*

### A. *Administración de Justicia*

#### a. *Consulta obligatoria de fallos*

**TSJ-SPA (237)**

**21-3-2012**

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La consulta obligatoria de los fallos consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso, y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República.**

No obstante la declaratoria que antecede, a tenor de lo previsto en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008 según el cual “Toda sentencia

definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente”, esta Sala Político-Administrativa, actuando como alzada natural y máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria, en virtud de que a la sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO, S.A. y sus empresas filiales le son aplicables todos los privilegios de la República conforme a la “(...) doctrina vinculante de [la] Sala [Constitucional], sobre la aplicación de los privilegios de la República Bolivariana de Venezuela extensibles a PDVSA Petróleos S.A. (...)”. (Vid., sentencia del 26 de febrero de 2007, Caso: *PDVSA Petróleos S.A.*), el cual ha sido reiterado por esta Sala (Vid. sentencias del 4 de junio de 2008, 23 de julio de 2008 y 3 de noviembre de 2010), procede a realizar el análisis correspondiente al referido fallo, no sin antes formular algunas precisiones en torno a la figura procesal de la consulta. En el ordenamiento jurídico venezolano, la institución de la consulta ha sido estatuida como un mecanismo de control judicial en materias cuya vinculación con el orden público, constitucional y el interés general ameritan un doble grado de cognición. De esta forma, constituye un medio de revisión judicial o de examen de la adecuación al derecho, más no un supuesto de impugnación o ataque de las decisiones judiciales.

Conviene asimismo puntualizar, que la consulta obligatoria de un fallo judicial, cuando es concebida como prerrogativa procesal a favor del Estado, presupone una flexibilización al principio de igualdad entre las partes en litigio, sin embargo, su principal finalidad no es reportar al beneficiario ventajas excesivas frente a su oponente, sino lograr el ejercicio de un control por parte de la alzada sobre aspectos del fallo que por su entidad inciden negativamente en principios que interesan al orden público.

Por esta razón, el examen encomendado en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008 no puede generar una cognición en segunda instancia más extensa que la producida por el ejercicio de los medios de impugnación previstos en la leyes aplicables y que, por causas inherentes a los titulares de esta prerrogativa, no han sido interpuestos en las oportunidades procesales correspondientes. Así, tal instituto jurídico, se insiste, consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso, y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República (Véase decisiones del 08 de junio y 16 de noviembre de 2007, dictadas por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, casos: *Procuraduría General del Estado Lara y Nestlé Venezuela, C.A.*, respectivamente).

#### IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO

##### 1. *Obligación tributaria*

##### A. *Incumplimiento: Intereses moratorios*

**TSJ-SPA (237)**

**21-3-2012**

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

**No es jurídicamente correcto asumir la causación simultánea de los intereses financieros y moratorios, por cuanto cuando el otorgamiento de una prórroga de pago se ha materializado siguiendo los lineamientos establecidos en la citada disposición, la exigibilidad de la prestación impositiva queda postergada y, a causa de ello, no puede hablarse de mora del deudor durante la vigencia de este régimen de gracia. Pero, es de aclarar, que si al vencimiento de la prórroga aún no se verifica el pago, o este se efectúa parcialmente, surgirá, por lógica consecuencia, el deber del beneficiario de indemnizar al acreedor fiscal por un retardo en el cumplimiento de su obligación, ahora ilegítimo.**

Vistos los argumentos expuestos por la parte apelante, así como de la información contenida en las actas, observa la Sala que la presente controversia se contrae a verificar el mérito de las denuncias de falso supuesto de hecho y de derecho que, en criterio de la representación fiscal, habrían derivado de la declaratoria de improcedencia pronunciada por el Tribunal remitente respecto del cobro de intereses moratorios en el caso que nos ocupa, al estimar que no pueden coexistir intereses de mora con intereses de financiamiento durante los ciento cincuenta y cinco (155) días transcurridos desde el vencimiento de la prórroga para la declaración y pago de impuesto sobre la renta e impuesto a los activos empresariales concedida a la recurrente de autos en los términos expuestos, vale decir, desde el día 31 de julio de 2003 hasta la presentación de la declaración sustitutiva de impuesto sobre la renta efectuada el 02 de enero de 2004 con alcance al ejercicio fiscal coincidente con el año civil 2002. Delimitado así el tema del presente debate judicial, estima conveniente esta Alzada reproducir el contenido del artículo 41 del vigente Código Orgánico Tributario, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 41.- El pago debe efectuarse en el lugar y la forma que indique la ley o en su defecto la reglamentación. El pago deberá efectuarse en la misma fecha en que deba presentarse la correspondiente declaración, salvo que la ley o su reglamentación establezcan lo contrario. Los pagos realizados fuera de esta fecha, incluso los provenientes de ajustes o reparos, se considerarán extemporáneos y generarán los intereses moratorios previstos en el artículo 66 de este Código. La Administración Tributaria podrá establecer los plazos para la presentación de declaraciones juradas y pagos de los tributos, con carácter general para determinados grupos de contribuyentes o responsables de similares características, cuando razones de eficiencia y costo operativo así lo justifiquen. A tales efectos, los días de diferencia entre los distintos plazos no podrán exceder de quince (15) días hábiles.” (Subrayado de la Sala).

Conforme puede apreciarse de la citada disposición, es consustancial al principio de legalidad tributaria, además del establecimiento de los elementos esenciales del tributo, la determinación de las circunstancias de modo y tiempo en que debe concretarse el pago de los adeudos fiscales, prescribiendo -como regla general- que la autoliquidación y el pago deban efectuarse simultáneamente. También recoge el precepto transcrito un principio general del derecho crediticio consagrado en el artículo 1.277 del Código Civil, que alude al deber de resarcir los daños ocasionados al acreedor por el retardo o incumplimiento parcial de la prestación debida a través del pago de los intereses moratorios previstos, en este caso, en el artículo 66 del vigente Código Orgánico Tributario, el cual establece:

“Artículo 66.- La falta de pago de la obligación tributaria dentro del plazo establecido hace surgir, de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento previo de la Administración Tributaria, la obligación de pagar intereses moratorios desde el vencimiento del plazo establecido para la autoliquidación y pago del tributo hasta la extinción total de la deuda, equivalentes a uno punto dos veces la tasa activa bancaria aplicable, respectivamente, por cada uno de los períodos en que dichas tasas estuvieron vigentes. (...)” (Destacado de la Sala).

Nótese así del precepto legal transcrito que la causación de los mencionados intereses moratorios en el ámbito del derecho impositivo está supeditada al retardo culposo del sujeto pasivo en la autoliquidación y pago del monto de la deuda tributaria principal, por cuanto es al vencimiento del plazo legalmente previsto a tales fines que la obligación fiscal se hace jurídicamente exigible. En efecto, para que pueda hablarse de la mora del deudor es menester observar tres condiciones o requisitos de procedencia, a saber: i) que exista una obligación válida, cierta, líquida y exigible; ii) que el cumplimiento de tal obligación sea jurídica y materialmente posible; y (iii) que se produzca un retardo injustificado o exclusivamente imputable al deudor.

En cuanto a la noción de exigibilidad descrita en el primer requisito enunciado, destaca que en el caso de las obligaciones sometidas a término cierto el acreedor o sujeto activo de la relación crediticia queda relevado por ley de intimar en pago a su deudor, dada la existencia de un acuerdo previo relativo al elemento temporal del cumplimiento. En tal virtud, el deudor incurre en mora por el solo vencimiento del lapso establecido para pagar, de manera que no se requiere actuación alguna del acreedor para que surja la necesidad de resarcir a éste los daños provocados por el incumplimiento temporal de la obligación (*Vid.* artículo 1.271 del Código Civil).

Este es el caso de las obligaciones fiscales derivadas de tributos periódicos, en los cuales nace la obligación impositiva con el acaecimiento del hecho generador en un momento previa y legalmente determinado, pero, por razones inherentes a la dinámica de la exacción, el titular de la potestad tributaria suele conceder un lapso posterior al cierre del ejercicio correspondiente, para liquidar y pagar el importe debido.

Ahora bien, pese a las apreciaciones que anteceden y no obstante haberse reservado a la Ley (*latu sensu*) la fijación de los plazos para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales, el propio Legislador Nacional estimó conveniente habilitar a las administraciones tributarias a acordar, en casos particulares y de manera estrictamente excepcional, el otorgamiento de prórrogas y demás facilidades de pago, cuando la solicitud que se formule al efecto involucre deudas tributarias que no sean de plazo vencido. Ante tal posibilidad, se ha dispuesto como carga para el solicitante el deber de pagar intereses sobre los montos financiados hasta la efectiva cancelación del tributo debido.

En este sentido, el artículo 46 del mencionado Código Orgánico Tributario de 2001, establece textualmente:

“Artículo 46.- Las prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas podrán ser acordadas con carácter excepcional en casos particulares.

A tal fin, los interesados deberán presentar la solicitud al menos quince (15) días hábiles antes del vencimiento del plazo para el pago, y sólo podrán ser concedidas cuando a juicio de la Administración Tributaria se justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación. La Administración Tributaria deberá responder dentro de los diez (10) hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno. En ningún caso podrá interpretarse que la falta de pronunciamiento de la Administración Tributaria implica la concesión de una prórroga o facilidad solicitada.

Las prórrogas y demás facilidades que se concedan causarán intereses sobre los montos financiados, los cuales serán equivalentes a la tasa activa bancaria vigente al momento de la suscripción del convenio. Si durante la vigencia del convenio se produce una variación de diez por ciento (10%) o más entre la tasa utilizada en el convenio y la tasa bancaria vigente, se procederá al ajuste de las cuotas restantes utilizando la nueva tasa.

Parágrafo Único: Las prórrogas y demás facilidades para el pago a los que se refiere este artículo no se aplicarán en los casos de obligaciones provenientes de tributos retenidos o percibidos, así como de impuestos indirectos cuya estructura y traslación prevea la figura de los denominados créditos y débitos fiscales.” (Subrayado de la Sala).

De otra parte, el parágrafo único del artículo 48 del prenombrado cuerpo normativo prevé:

“Artículo 48. (...)

(...) Parágrafo Único: A los efectos previstos en los artículos 46 y 47 de este Código, se entenderá por tasa activa bancaria vigente, la tasa activa promedio de los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos, excluidas las carteras con intereses preferenciales, calculada por el Banco Central de Venezuela para el mes calendario inmediato anterior. La Administración Tributaria Nacional deberá publicar dicha tasa dentro de los primero diez (10) días continuos de cada mes. De no efectuar la publicación en el lapso aquí previsto, se aplicará la última tasa activa bancaria que hubiere publicado la Administración Tributaria Nacional.” (Subrayado de la Sala).

Obsérvese entonces que la noción de interés a la que se alude en el tercer aparte del artículo 46 del vigente Código Orgánico Tributario dista conceptualmente de la figura descrita en el citado artículo 66 *eiusdem*, pues se trata de una especie de interés retributivo o fruto civil de fuente legal (no convencional) similar a los intereses correspectivos consagrados en el artículo 108 del Código de Comercio, que se causa con absoluta independencia de la mora del deudor y su cuantificación se lleva a cabo siguiendo un indicador porcentual de tipo variable, como lo es la tasa de interés activa promedio de los seis (6) principales bancos comerciales y universales con mayor captación de depósitos dentro del sistema financiero venezolano.

Efectuada tal distinción, surge concluyente para esta Superioridad que, en casos como el de autos, no es jurídicamente correcto asumir la causación simultánea de ambos tipos de interés (financieros y moratorios), por cuanto cuando el otorgamiento de una prórroga de pago se ha materializado siguiendo los lineamientos establecidos en la citada disposición, la exigibilidad de la prestación impositiva queda postergada y, a causa de ello, no puede hablarse de mora del deudor durante la vigencia de este régimen de gracia. Pero, es de aclarar, que si al vencimiento de la prórroga aún no se verifica el pago, o este se efectúa parcialmente, surgirá, por lógica consecuencia, el deber del beneficiario de indemnizar al acreedor fiscal por un retardo en el cumplimiento de su obligación, ahora ilegítimo.

Por la misma razón, se puede precisar entonces que la presentación de una declaración sustitutiva de impuestos que implique para el deudor tributario el reconocimiento de un saldo a favor del órgano fiscal respecto de los montos autoliquidados originalmente, impone al contribuyente la obligación de pagar intereses de mora desde el vencimiento de la prórroga hasta la fecha de la nueva declaración, y solo respecto de la porción de impuesto omitida.

Valga puntualizar entonces, que a la finalización del lapso de prórroga concedido, la naturaleza de los intereses legales que dimanar de las obligaciones tributarias insolutas varía de la simple retribución por el uso del dinero ajeno, a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios que, presume la ley, sufre el acreedor tributario por la tardanza culposa de su deudor. Esta es la razón por la cual yerra él *a quo* al sostener la prevalencia de los intereses de financiamiento respecto de los intereses moratorios luego de concluida la prórroga y hasta la presentación voluntaria de la declaración sustitutiva de impuesto.

En contrapartida, surge acertada la precisión hecha por la División de Recaudación de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT en la Resolución N° GCE/DR/2004-586 del 14 de febrero de 2004, en cuanto a que los intereses de financiamiento habrían sido liquidados por “(...) los Ciento Quince (115) días de prórroga otorgados para la presentación de la declaración de Impuesto sobre la Renta, correspondiente al ejercicio fiscal 2002 (...)”, mientras que los intereses moratorios se habrían calculado por “(...) los Ciento Cincuenta y Cinco (155) días de extemporaneidad (...)”. De ahí que el juez de instancia haya incurrido también en un error en la apreciación de los hechos cuando afirma en la página 20 de su dictamen judicial que “(...) la Administración Tributaria calculó 155 días de mora, pero no se puede apreciar el momento en que estos comenzaron a contarse, por lo tanto [se] infiere (...) que se trata de la misma cantidad de días utilizados para el cálculo de los intereses de financiamiento. (...)”. (Destacado y agregado de la Sala).

Pese a ello, los destacados errores de juzgamiento carecen de la suficiente entidad para revertir la declaratoria impugnada, habida cuenta que las circunstancias de fuerza mayor que motivaron el otorgamiento del referido lapso de prórroga se mantuvieron vigentes aun después de presentada la declaración sustitutiva de fecha 02 de enero de 2004, tal y como puede advertirse de la orden dada por este Supremo Tribunal de Justicia en Sala Constitucional el 29 de marzo del mismo año a la sociedad mercantil Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), conforme a la cual ésta debía “(...) reinstalar todos los sistemas informáticos que existían antes de la suspensión de los servicios que prestaba y entregar todos los equipos, centros de información, manuales, documentos, planes, información sobre el estado en curso al 2 de diciembre, diagramas, claves, estudios, archivos y programas de PDVSA que posee o a los que tenía acceso antes de la suspensión del servicio. (...)”. (Vid. sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia N° 827 del 06 de mayo de 2004, caso: *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA)*).

De igual modo, pudo esta Sala corroborar, con ocasión de declarar la disolución de la sociedad mercantil Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), que desde el año 2003 “(...) los desacuerdos surgidos entre los socios de INTESA [colocaron] a esa sociedad en un estado de paralización que conduce lógica e indefectiblemente a la conclusión de que no ha logrado en los últimos años, ni logrará bajo estas condiciones, cumplir con el objeto para el cual fue constituida, que no es otro que el de suministrar (en principio, a Petróleos de Venezuela, S.A.) servicios de tecnología de información (...)”. (Agregado de esta decisión) (Vid. sentencia N° 00157 de fecha 13 de febrero de 2008, caso: *PDV-IFT, PDV-Informática y Telecomunicaciones, S.A. Vs. INTESA Informática, Negocios y Tecnología, S.A. y SAIC (BERMUDA) LTD.*).

Todo lo anterior evidencia que el estado de conmoción que particularmente afectó a la industria petrolera a finales del año 2002 y primer trimestre de 2003 trajo consigo enormes perjuicios que se mantuvieron hasta adentrado el año 2004, lo cual incidió, no sólo en el normal desenvolvimiento del giro comercial de PDVSA y sus empresas filiales, y junto a ello el cabal cumplimiento de sus obligaciones frente a las Administraciones Tributarias, sino que atentó en definitiva contra el régimen socioeconómico de la República, la soberanía política y la seguridad del pueblo venezolano, al vulnerar la principal fuente de ingresos del país, que ha sido reservada por el Estado por razones de estrategia nacional. (Vid. artículos 302 y 303 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Vid. sentencia N° 00416 del 04/05/2004, caso: *PDVSA Petróleo, S.A.*).

Sobre la base de todas las consideraciones expuestas, surge concluyente para esta Sala que el retardo producido en torno al pago de la porción de impuesto sobre la renta omitida en el caso de autos por Bitúmenes Orinoco (BITOR), S.A. no es atribuible a circunstancias absolutamente imputables a la misma y, por consiguiente, no puede afirmarse que la contribuyente de autos incurrió en mora desde el día siguiente del vencimiento del lapso de prórroga concedida a su favor, esto es, desde el día 01/08/2003 hasta el día 02/01/2004, respecto del diferencial de impuesto sobre la renta no declarado, que asciende a la suma de Bs. 2.062.876.808,00, reexpresada en Bs. 2.062.876,81. (Ver folio 3 del cuaderno separado).

En mérito de los razonamientos precedentes, es de obligatorio proceder para esta Máxima Instancia declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial del Fisco Nacional y, en consecuencia, confirmar del fallo impugnado lo concerniente a la declaratoria de improcedencia del cobro de intereses moratorios en el caso que nos ocupa, por las razones expuestas en la presente decisión. Así se declara.

B. *Incumplimiento de deberes formales (Delito continuado)*

**TSJ-SPA (20)**

**18-1-2012**

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La Sala analiza la figura del delito continuado respecto al incumplimiento de deberes formales, destacando que el Código Orgánico Tributario prevé las sanciones que la Administración Tributaria puede imponer a los contribuyentes en los casos de incumplir con sus deberes formales, razón por la cual no corresponde aplicar supletoriamente la disposición contenida en el artículo 99 del Código Penal (delito continuado) toda vez que no existe vacío legal alguno, habida cuenta que conforme al segundo aparte del artículo 101 del Código Orgánico Tributario del 2001 la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales debe realizarse por cada período o ejercicio fiscal.**

Dilucidado lo anterior, esta Sala pasará a revisar la denuncia formulada por la contribuyente con respecto al delito continuado y, en tal sentido, se observa:

El Tribunal de la causa en la sentencia recurrida señaló improcedente en el caso bajo análisis la aplicación de la figura del delito continuado, en torno al incumplimiento de los deberes formales con respecto a los Libros de Compras y Ventas del impuesto valor agregado, requisitos exigidos en la normativa, toda vez que el criterio vigente para la fecha de la resolución impugnada (2 de diciembre de 2008), es la exclusión de la aplicabilidad del delito continuado.

En orden a lo indicado, esta Alzada estima necesario transcribir a objeto de su análisis lo dispuesto en los artículos 79, 81 y 101, numeral 3, segundo aparte del Código Orgánico Tributario de 2001:

“Artículo 79.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas.

A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”.

“Artículo 81.- Cuando concurren dos o más ilícitos tributarios sancionados con penas pecuniarias, se aplicará la sanción más grave, aumentada con la mitad de las otras sanciones. De igual manera se procederá cuando haya concurrencia de un ilícito tributario sancionado con pena restrictiva de la libertad y de otro delito no tipificado en este Código. Si las sanciones son iguales, se aplicará cualquiera de ellas, aumentada con la mitad de los restantes. Cuando concurren dos o más ilícitos tributarios sancionados con pena pecuniaria, pena restrictiva de libertad, clausura de establecimiento, o cualquier otra sanción que por su heterogeneidad no sea acumulable, se aplicarán conjuntamente.

Parágrafo Único: La concurrencia prevista en este artículo se aplicará aun cuando se trate de tributos distintos o de diferentes períodos, siempre que las sanciones se impongan en un mismo procedimiento.”

“Artículo 101.- Constituyen ilícitos formales relacionados con la obligación de emitir y exigir comprobantes:

(...)

3) Emitir facturas u otros documentos obligatorios con prescindencia total o parcial de los requisitos y características exigidos por las normas tributarias.

(...)

Quien incurra en los ilícitos descritos en los numerales 2, 3 y 4 será sancionado con multa de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura, comprobante o documento emitido, hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) por cada período, si fuere el caso (...).”

Por su parte, el artículo 99 del Código Penal, norma en la cual el Tribunal de la causa fundamentó la aplicación al caso bajo examen de las reglas del delito continuado, y que venía siendo la razón de derecho en los juicios contencioso-tributarios, respecto a la procedencia de la figura del delito continuado aplicable durante los ejercicios fiscales regulados por el Código Orgánico Tributario de 1994, prevé lo siguiente:

“Artículo 99.- Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”.

En atención a las normas anteriormente citadas, el empleo de las reglas de concurrencia de infracciones no excluyen conceptualmente la eventualidad de aplicar supletoriamente la figura del delito continuado a casos afines a los de autos, por cuanto cada una de las instituciones señaladas tienen respecto al derecho sancionatorio finalidades y propósitos distintos en tanto regulan situaciones jurídicas diferentes.

Así, en sentencia de esta Sala del 17 /2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, reiterada en múltiples oportunidades, se sostuvo lo siguiente:

“(…) Con respecto a la forma de cálculo de las sanciones impuestas por incumplimiento de deberes formales que aplicó la Administración Tributaria, mes a mes, objeto de esta controversia, la Sala pasa a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Como norma rectora de nuestro sistema tributario, en segunda reforma se promulgó el Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable al caso sub júdice *ratione temporis*, el cual establece en su Sección Primera, las Disposiciones Generales, contenidas en el Título III, de las Infracciones y Sanciones, Capítulo I Parte General, regulatorias de estos ilícitos tributarios; en cuyo artículo 71 dispone que:

En razón de los anteriores preceptos, debe esta Sala considerar los principios y normas del Derecho Penal, para resolver los casos que no hubieren sido previstos en el mencionado Código Orgánico Tributario.

Analizado y examinado dicho cuerpo normativo en su parte general, observa la Sala que no existe normativa que regule la calificación del hecho punible o ilícito tributario, cuando es producto de una conducta continuada o repetida. En virtud de lo cual, y por mandato expreso del referido artículo 71 *eiusdem*, es de obligatorio proceder, según las reglas del concurso continuado, previstas en el Código Penal. Normas y principios aplicados a las infracciones y sanciones, que forman el ilícito tributario, ya que éste participa de los caracteres generales del ilícito penal, como garantía constitucional de los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad de la pena consagrados en nuestra Carta Fundamental.

En este orden de ideas, se hace necesario analizar los requisitos de procedencia de la figura del delito continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, cuyo precepto está contenido en el artículo 99 al establecer que:

(...)

Ahora bien, este tema ha sido objeto de estudio de reconocida doctrina nacional y extranjera, que ha sostenido la existencia de una ficción legal, por lo que la disciplina de hecho único que le es atribuida no se corresponde con una realidad de hecho único. Se trata de varios hechos constitutivos de diversas violaciones de la ley penal, que a los efectos sólo de la pena, ésta considera como un delito único, entendiendo que a los demás efectos, el tratamiento que se le dará será de varios delitos en concurso legal.

En este mismo orden de ideas, sostiene otra parte de la doctrina que, el delito continuado configura una forma especial de delito único, donde la unicidad de los distintos hechos constitutivos de la infracción viene dada por la unidad de la intención del sujeto agente, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

Es así como se ha definido el delito continuado, a través de las siguientes características, a saber: 1. pluralidad de hechos, o conductas físicamente diferenciables, aún si son cometidas en fechas diferentes; 2. Que sean atribuibles o imputables a un mismo sujeto; 3. Constitutivas de violaciones a una misma disposición legal, y 4. Productoras de un único resultado anti-jurídico. Es decir, la consumación del delito continuado presupone que la serie de actos anti-jurídicos desarrollados por el sujeto agente sean ejecutivos de una única resolución o desig-nio, de una única intencionalidad, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

En el caso de autos, observa la Sala que la Administración Tributaria liquidó multas, mes a mes, por incumplimiento de deberes formales para el libro de compras, previstos en los literales d) y h); para el libro de ventas, previstos en los literales c) y d), de los artículos 78 y 79 del Reglamento de la Ley del Impuesto al valor agregado, respectivamente, y por la omisión de datos en las facturas emitidas por la contribuyente, previstas en los literales h) y m) del artículo 63 del Reglamento *eiusdem*, de conformidad con el artículo 106 del Código Orgánico Tributario.

Pues bien, del análisis de las actas procesales, a la luz de las características de la figura del delito continuado supra señaladas, se advierte, en el caso de autos, que existen varios hechos, cada uno de los cuales reúne las características de la infracción única, pero como se dijo anteriormente, por la ficción que hace el legislador, no se consideran como varias infracciones tributarias sino como una sola continuada, en virtud de la unicidad de la intención o designio del sujeto agente (la contribuyente recurrente). Así se observa, que mediante una conducta omisiva, en forma repetitiva y continuada, viene violando o transgrediendo, durante todos y cada uno de los períodos impositivos investigados, la misma norma, contentiva del ilícito tributario por concepto de incumplimiento de deberes formales, previsto en los artículos 106 del Código Orgánico, 78, 79 y 63 del Reglamento del impuesto al valor agregado. Compor-

tamiento omisivo reflejado en forma idéntica en cada uno de los meses investigados, tal como se puede ver de los anexos 01, 02 y 03 de la resolución de sanción impugnada. Por todas estas razones, la disposición del artículo 99 del Código Penal debe ser aplicada, en este caso particular, por darse los elementos del concurso continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, por expreso mandato del artículo 71 del Código Orgánico Tributario, en consecuencia, las multas estimadas procedentes en este fallo, deben ser calculadas como una sola infracción, en los términos del dispositivo del mencionado artículo 99, por no tratarse de incumplimientos autónomos como erradamente lo afirmó la Administración Tributaria. Así se declara.” (Destacado de la Sala).

La jurisprudencia transcrita consideró aplicable la figura del delito continuado en materia de infracciones tributarias ocurridas bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994, en aquellos casos en que se transgrede en uno o diversos períodos impositivos la misma norma reguladora del ilícito tributario. En tal sentido, esta Sala acudió con carácter supletorio a la norma general prevista en el Código Penal, debido a la ausencia de regulación específica en el texto especial tributario antes referido, en cuanto al supuesto de una actuación repetida y constante que reflejara una misma intención del contribuyente infractor.

Ahora bien, por decisión N° 00948 dictada por esta Sala el 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, se estimó necesario replantear la solución asumida en la sentencia antes citada, tomando en cuenta el ámbito temporal previsto en el Código Orgánico Tributario de 2001. En esa sentencia se estableció lo siguiente:

“En efecto, en el caso del impuesto al valor agregado, el período impositivo es de un (1) mes calendario, conforme a lo previsto en el artículo 59 de la Ley que regula dicho Impuesto, cuestión que determina dentro del marco normativo previsto en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, que los contribuyentes están obligados a declarar el monto de los ingresos obtenidos producto de la ocurrencia del hecho imponible de ese tributo, así como cumplir con los demás deberes formales a los que se encuentran sometidos por su condición de sujetos pasivos, durante cada mes o período de imposición.

(...)

Así las cosas, aprecia la Sala que la figura del delito continuado prevista en el artículo 99 del Código Penal, es una ficción legal, que tiene como finalidad el aumento del cálculo de la pena de un delito considerado único, que presupone que la serie de múltiples actos antijurídicos violatorios de una misma disposición legal desarrollados por el sujeto agente, sean ejecutivos de una única resolución o designio, de una única intencionalidad, lo que en realidad no ocurre en materia de infracciones tributarias por incumplimiento de deberes formales en lo que se refiere al Impuesto al Valor Agregado, toda vez que cada período mensual es autónomo, aislado uno del otro y genera sus propias consecuencias, por lo que no puede considerarse que exista una única intencionalidad del contribuyente infractor, dada la manera en que se verifica la temporalidad del hecho imponible en este tipo de impuesto.

Sobre este particular, la Sala estima que la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común, como es el establecido en el aludido artículo 99 del Código Penal, al ámbito del derecho tributario sancionador, únicamente tendría su justificación frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria, siempre y cuando ofrezca una solución compatible con las características propias del derecho tributario como ley especial.

(...)

Bajo este orden de ideas, debe destacarse que el Código Orgánico Tributario regula en su artículo 101 lo relativo a la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, como en el presente caso, en el cual se verificó el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar la contribuyente en cada factura si la operación fue de contado o a plazo.

En virtud de lo anterior, conviene advertir que dada la existencia de reglas específicas para la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, en el texto especial que regula la relación adjetiva que nace entre el sujeto activo y el contribuyente, no corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Penal, concretamente del artículo 99, toda vez que no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal.

(...)

En definitiva, se estima importante señalar que la transferencia de normas del Código Penal al ámbito de los ilícitos tributarios, debe hacerse con carácter supletorio y respetando la compatibilidad que ha de existir con el ámbito especial del derecho tributario. En tal sentido y con base a las consideraciones antes expuestas, no resulta apropiado aplicar en forma directa, en los términos del artículo 79 del Código Orgánico Tributario vigente, la noción del delito continuado a la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto de tipo valor agregado, ya que el hecho punible y la forma de imponer la sanción han sido adecuadas a los términos previstos en el artículo 101 *eiusdem*, con apego a los elementos en que ocurre el hecho imponible en el mencionado tributo, es decir, por cada período mensual o ejercicio fiscal.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsidera el criterio que había venido sosteniendo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto de incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la presente fecha, estableciendo que el artículo 99 del Código Penal no es aplicable a las infracciones tributarias que se generen con ocasión de los deberes formales en materia de Impuesto al Valor Agregado, por los motivos aludidos en el presente fallo. Así se decide.”

La decisión antes transcrita fue objeto de una solicitud de aclaratoria respecto a la aplicación temporal de la interpretación que en ella se hacía, la cual fue resuelta en sentencia N° 00103 del 29 de enero de 2009, dando efectos *ex nunc* a dicho criterio.

Así, en la decisión aclaratoria se indicó que “los requerimientos que se originen del nuevo criterio deben ser exigidos para los casos futuros, respetando las circunstancias fácticas e incluso de derecho que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate”.

Con vista a lo señalado, es preciso referir lo que esta Sala Político-Administrativa dejó sentado respecto a la figura del delito continuado en reciente sentencia N° 01187 de fecha 24 de noviembre de 2010, caso: *Fábrica Nacional de Pañales Desechables de Valencia, C.A., (Fanalpade Valencia)*:

“(…) En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsideró la solución que sostuvo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto del incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*; posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la sentencia N° 00948 de fecha 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, en la cual estableció que ‘no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal’.

(...)

Al efecto, la Sala procede a estudiar si la determinación de la sentencia N° 00948 de fecha 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte*, aclarada en la sentencia N° 00103 de fecha 29 de enero de 2009, debe ser aplicada al presente caso y a los similares, para lo cual se transcriben los siguientes párrafos de dicha decisión aclaratoria:

‘(...) A tal efecto, los requerimientos que se originen del nuevo criterio deben ser exigidos para los casos futuros, respetando las circunstancias fácticas e incluso de derecho que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate. (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional N° 3702 del 19 de diciembre de 2003, ratificada, entre otras, en las decisiones números 3057, 5074, 366 y 1166 de fechas 14 de diciembre de 2004, 15 de diciembre de 2005, 1° de marzo de 2007 y 11 de julio de 2008, respectivamente). Con fundamento en el reiterado criterio jurisprudencial antes referido, esta Sala considera que, en este caso, la modificación que se produjo en ‘la interpretación que se había venido realizando respecto a la aplicación de la figura del delito continuado en la materia de sanciones administrativas tributarias, concretamente en lo atinente al impuesto al valor agregado, no podía aplicarse a la contribuyente *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A. (...)*’.

... *omissis*...

Ahora bien, acogiendo la tesis de la Sala Constitucional, esta Sala decidió darle efectos *ex nunc* a su sentencia del 13 de agosto de 2008 (*Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*), en la que revisó la solución que venía sosteniendo desde el 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, según el cual a los casos como el de autos debía aplicárseles la normativa sobre el delito continuado del Código Penal en vez de la regulación del ilícito formal tributario contenida en el Código Orgánico Tributario del año 2001. En efecto, tal como se analizó en el fallo del 13 de agosto de 2008, el mencionado texto especial que regula la relación jurídica entre la Administración Tributaria y el contribuyente, contiene reglas específicas aplicables para sancionar los ilícitos formales ‘por cada periodo’, contempladas en el artículo 101, numeral 3. Por lo tanto, siendo clara esta regulación del texto especial de la materia, se debe aplicar tal como está consagrada en dicha ley, en aplicación de la posición sostenida en la sentencia del 13 de agosto de 2008.

Respecto de la vigencia (...). Como el Código Orgánico Tributario del 2001 previó una *vacatio* hasta el 17 de enero de 2002, para que a partir de esta fecha se aplicase la normativa referida a los ilícitos formales, la Sala considera que en todos los casos cuyos hechos se hubiesen producido desde esa fecha, deben ser juzgados conforme a las normas del texto especial tributario del 2001, tal como fue establecido en el caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.* Así se declara.

Al respecto, la Sala Constitucional ha precisado los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación entre los mismos y algunos principios preconizados por dicha Sala, tales como el de seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional y el de confianza legítima (este último acogido de la jurisprudencia y doctrina europeas) (sentencia N° 3057 de 14 de diciembre de 2004, caso: *Seguros Altamira*), en los siguientes términos:

‘(...) De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos. No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni

con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente (...)’ (Subrayado de esta Sala [Político-Administrativa]).

...omissis...

Como se ve, el fundamento de la aplicación de la solución establecida en la sentencia que resolvió el asunto planteado por la sociedad mercantil Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A., proviene de la vigencia de dicha norma, con lo cual se preservan los principios de seguridad jurídica y la llamada confianza legítima o expectativa plausible, cuyo acatamiento impone la Sala Constitucional en su jurisprudencia pacífica, obligante para todos los tribunales de la República. Precisamente, para que el cambio jurisprudencial fuese suficiente y oportunamente conocido por la comunidad tributaria del país, esta Sala ordenó publicar dicha sentencia en la *Gaceta Oficial*, determinación que se cumplió en la N° 38.999 de fecha 21 de agosto de 2008.

La Sala observa que aun cuando las infracciones de la contribuyente se produjeron antes del referido pronunciamiento que causó el cambio de solución, son a la vez posteriores a la normativa especial que rige esa conducta ilícita, cual es el artículo 101, numeral 3 del Código Orgánico Tributario de 2001, razón por la cual se le debe aplicar.

En consecuencia, se subsumen dichos ilícitos en esa normativa, y por lo tanto, debe aplicársele la sanción de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), para cada uno de los períodos investigados por la Administración Tributaria; porque se evidencia que emitió cantidades de facturas con prescindencia parcial de los requisitos exigidos por las normas tributarias, durante los períodos fiscales comprendidos desde octubre 2003 hasta mayo 2005, todos posteriores a la entrada en vigor de la normativa aplicable.

Reitera la Sala que el indicado cambio lo que hizo fue reconocer la preexistencia del derecho positivo en el que debe subsumirse la conducta del justiciable tributario para todos los casos en que se observen ilicitudes en esta materia, producidas a partir del 17 de enero de 2002, fecha en que empezó a regir la estudiada normativa. Así se decide”. (Resaltado de esta Sala Político-Administrativa).

La sentencia parcialmente transcrita, explica el devenir del criterio jurisprudencial referido a la aplicación del delito continuado en materia tributaria y la forma de imponer la sanción por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto al valor agregado, a la luz de lo contemplado en el artículo 101 del Código Orgánico Tributario de 2001 y reitera lo establecido en la decisión N° 00948 del 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, para casos como el de autos.

Del mismo modo, el precedente criterio jurisprudencial señala que el mencionado Código prevé las sanciones que la Administración Tributaria puede imponer a los contribuyentes en los casos de incumplir con sus deberes formales, razón por la cual no corresponde aplicar supletoriamente la disposición contenida en el artículo 99 del Código Penal toda vez que no existe vacío legal alguno, habida cuenta que conforme al segundo aparte del artículo 101 del Código Orgánico Tributario del 2001 la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales debe realizarse por cada período o ejercicio fiscal. (*Vid.* Sentencias Nros. 01265 y 01294 ambas de fecha 9 de diciembre de 2010, caso: *Comercial Y.I.M, C.A.*, y *Las Telas de Blas, C.A.*, respectivamente; y, más recientemente, los fallos Nros. 00187, 00370 y 00938 del 10 de febrero de 2011, 29 de marzo del 2011 y 13 de julio del mismo año, casos: *Welcome, C.A.*, *Centro Comercial Macuto I, C.A.*, y *Repuesto O, C.A.*, respectivamente).

Así, observa esta Máxima Instancia que la Administración Tributaria aplicó a la contribuyente sanciones de multa por la cantidad total de Cuarenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro Bolívares (Bs. 48.944,00), equivalentes a Un Mil Sesenta y Cuatro Unidades Tributarias (1.064 U.T.), por incumplimiento de deberes formales en materia de impuesto al valor agregado previstos en el numeral 3 del artículo 101 y numeral 2 artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, en concordancia con el artículos 54 y 56 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y 70 de su Reglamento, para los períodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, relativos a los libros de compras y ventas y emisión de facturas que no cumplían las formalidades legales y reglamentarias, infringiendo lo establecido en los artículos 54, 56, 57 de la Ley de Impuesto al Valor agregado, en concordancia con los literales “a” y “c” de los artículo 75 y 63 de su Reglamento, y artículo 2, literales “e” “k”, “f”, “m”, “n”, “t”, “l”, párrafo tercero y artículo 5 de la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, dictada por el entonces Ministerio de Finanzas.

Bajo la óptica de lo anteriormente expresado, y por razones de temporalidad resulta aplicable al caso concreto el criterio jurisprudencial asumido por esta Sala Político-Administrativa en el fallo N° 01187 del 24 de noviembre de 2010, que ratificó lo establecido en su sentencia N° 00948 del 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, decisiones estas que coinciden con la posición asumida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), al momento de aplicar las disposiciones del Código Orgánico Tributario de 2001, para calcular las sanciones de multa impuestas a la sociedad mercantil recurrente, por los ilícitos tributarios cometidos en los períodos investigados. Así se declara.

No obstante lo declarado anteriormente, esta Alzada no puede inadvertir que la Administración Tributaria incurrió en una imprecisión al momento de establecer las sanciones aplicables a cada período fiscal verificado con fundamento en los artículos 101 del Código Orgánico Tributario de 2001, toda vez que, aunque esa norma establece una técnica sancionatoria acumulativa para esta categoría de infracciones, es menester aplicar, sobre los resultados obtenidos, las reglas de concurrencia previstas en el citado artículo 81 *eiusdem*, que prescribe la fijación de la sanción correspondiente al ilícito más grave con la subsiguiente atenuación de los restantes correctivos en su valor medio. En consecuencia, corresponde anular las Planillas de Liquidación emitidas e identificadas supra, y ordenar el recálculo de las multas impuestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 del Código Orgánico Tributario de 2001. Así se declara.

**TSJ-SPA (20)**

**18-1-2012**

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**Cuando la Administración simplemente se contrae a imponer una sanción por incumplimiento de deberes formales, no es exigido el previo levantamiento del acta fiscal, por lo que no puede alegarse de manera alguna prescindencia del procedimiento, resultando en consecuencia, improcedente la denuncia con arreglo a la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.**

En este orden de ideas, pasa la Sala verificar si, tal como lo afirman los apoderados judiciales de la recurrente en su escrito de fundamentación de la apelación ejercida, la Juzgadora de la causa al dictar la sentencia trasgredió el derecho a la defensa de la contribuyente, por no habersele permitido aportar los medios probatorios que justificarán el incumplimiento de los deberes formales, conforme a lo establecido en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, en concordancia, con los artículos 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 326 del Código Orgánico Procesal Penal y 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, en consecuencia, se violentó el principio *Non bis in idem* produciéndose el decaimiento del procedimiento de verificación.

Así, se observa que la representación fiscal aduce que la Administración Tributaria se fundamentó en los artículos 172 y siguientes del Código Orgánico Tributario del año 2001 para sancionar a la sociedad de comercio apelante, por lo que mal pueden sus apoderados judiciales alegar la vulneración de derechos constitucionales al dictarse el acto administrativo impugnado.

De igual forma, explica que la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT no estaba obligada a la sustanciación del expediente, en razón de que su actuación obedeció a un procedimiento de verificación sobre las facturas y los Libros de Compras y Ventas de la contribuyente que no requieren investigación conforme a las normas antes señaladas. Concluye, con la afirmación de que no se vulneró el derecho a la defensa ni al debido proceso de la recurrente, pues quedó demostrado que el acto administrativo impugnado le fue notificado, en razón de lo cual pudo ejercer el recurso contencioso tributario en la vía jurisdiccional.

Por otra parte, afirma que la sentencia recurrida no adolece de los supuestos vicios de error en el juzgamiento, por haber declarado el Tribunal de la causa sin lugar la denuncia referida a la violación del principio *non bis in idem*, toda vez que el Tribunal de instancia realizó un análisis sobre el aludido principio conforme al ordenamiento jurídico venezolano, esgrimiendo el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1798 del 19 de julio de 2005, caso: *Festejos Mar, C.A.*

Con vista a lo expuesto, debe esta Alzada realizar su análisis a luz de los artículos 172 al 176 del Código Orgánico Tributario del año 2001, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 172: La Administración Tributaria podrá verificar las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables a los fines de realizar los ajustes respectivos y liquidar las diferencias a que hubiere lugar.

Así mismo la Administración Tributaria podrá verificar el cumplimiento de los deberes formales previstos en este Código y demás disposiciones de carácter tributario y los deberes de los agentes de retención y percepción, e imponer las sanciones a que haya lugar.

Parágrafo Único: La verificación de los deberes formales y de los deberes de los agentes de retención y percepción podrá efectuarse en la sede de la Administración Tributaria o en el establecimiento del contribuyente o responsable. En este último caso, deberá existir autorización expresa emanada de la Administración Tributaria respectiva. Dicha autorización podrá hacerse para un grupo de contribuyentes utilizando, entre otros, criterios de ubicación geográfica o actividad económica.

Artículo 173: En los casos que se verifique el incumplimiento de deberes formales o de deberes de los agentes de retención y percepción, la Administración Tributaria impondrá la sanción respectiva mediante resolución que se notificará al contribuyente o responsable, conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 174: Las verificaciones a las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables, se efectuará con fundamento exclusivo en los datos en ellas contenidos, y en los documentos que se hubieren acompañado a la misma, y sin perjuicio de que la Administración Tributaria pueda utilizar sistemas de información automatizada para constatar la veracidad de las informaciones y documentos suministrados por los contribuyentes o requeridos por la Administración Tributaria.

Artículo 175: En los casos en que la Administración Tributaria al momento de las verificaciones practicadas a las declaraciones, constate diferencias en los tributos autoliquidados o en las cantidades pagadas a cuenta de tributo, realizará los ajustes respectivos mediante resolución que se notificará conforme a las normas previstas en este Código.

En dicha Resolución se calculará y ordenará la liquidación de los tributos resultantes de los ajustes, o las diferencias de las cantidades pagadas a cuenta de tributos con sus intereses moratorios, y se impondrá sanción equivalente al diez por ciento (10%) del tributo o cantidad a cuenta de tributos omitidos, y las sanciones que correspondan por la comisión de ilícitos formales.

Parágrafo Único: Las cantidades liquidadas por concepto de intereses moratorios se calcularán sin perjuicio de las diferencias que resulten al efectuarse el pago del tributo o cantidad a cuenta de tributos omitidos.

Artículo 176: Las resoluciones que se dicten conforme al procedimiento previsto en esta sección no limitan ni condicionan el ejercicio de las facultades de fiscalización y determinación atribuidas a la Administración Tributaria”.

De las normas transcritas se desprende el tratamiento legal del procedimiento de verificación de las declaraciones que presentan los contribuyentes o los responsables consagrado en el Código Orgánico Tributario del 2001 y, asimismo, otorga al órgano fiscal la facultad para constatar el cumplimiento de los deberes formales a los que están obligados los sujetos pasivos de la obligación tributaria, e imponer la autoridad tributaria las sanciones a que haya lugar, mediante una resolución, en caso de incumplimiento.

En la causa bajo examen, se observa que la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, dictó la Resolución de Imposición Sanción identificada con letras y números GRTICE-RC-DF-0193/2005-16 y su correlativa Planilla de Liquidación N° 111001227000857, ambas de fecha 9 de mayo de 2008, mediante las cuales se aplicó a la recurrente sanciones de multa por la cantidad total de Cuarenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro Bolívares (Bs. 48.944,00), equivalentes a Un Mil Sesenta y Cuatro Unidades Tributarias (1.064 U.T.), por incumplimiento de deberes formales en materia de impuesto al valor agregado, previstos en los numerales 3 y 2 de los artículos 101 y 102, respectivamente, en concordancia con el artículo 81 del Código Orgánico Tributario de 2001, y los artículos 54 y 56 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y 56 de su Reglamento, para los períodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, ambos inclusive. Asimismo, ordenó la clausura del establecimiento comercial de dicha empresa. En atención a lo anterior, es preciso referir que esta Sala reiteradamente ha sostenido que cuando el acto sancionatorio deriva de un procedimiento de verificación por el incumplimiento de deberes formales, no resulta necesario el levantamiento del acta fiscal que inicie algún procedimiento. (*Vid.* Sentencia N° 01867 de fecha 21 de noviembre de 2007, caso: *Super Panadería La Linda, C.A.*).

Asimismo, en el fallo 17 /2004, caso: *Mantenimiento Quijada, C.A.*, esta Sala Político-Administrativa dejó sentado lo siguiente:

“(…) No obstante lo anterior, la norma prevista en el artículo 149, Parágrafo Primero del prenombrado Código, permite la omisión del levantamiento previo del acta fiscal en aquellos casos de imposición de sanciones por incumplimiento de deberes formales, infracciones por parte de los agentes de retención y percepción en casos que no constituya presunción de delito, determinación de oficio sobre base cierta cuando dicha determinación se haga con fundamento exclusivo en los datos contenidos en las declaraciones aportadas por los contribuyentes, o en caso que se trate de errores de cálculo que dieran lugar a una diferencia de tributo.

Analizando el caso objeto de análisis en la presente sentencia, se desprende del contenido de los actos administrativos impugnados, que la Administración Tributaria procedió a imponer la sanción correspondiente a la contribuyente al haber presentado de manera tardía las declaraciones correspondientes a los ejercicios fiscales coincidentes con los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1995 y enero, febrero, marzo y noviembre de 1996.

(…)

Indicó el apoderado judicial de la contribuyente que los actos administrativos recurridos se encontraban viciados en el procedimiento, debido a que supuestamente la Administración omitió el levantamiento del acta fiscal respectiva, lo que acarrearía la nulidad de las planillas de liquidación, de conformidad con la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Ante tal alegato, esta Sala observa que la norma prevista en el artículo 149, Parágrafo Primero del Código Orgánico Tributario de 1994, antes comentada, permite la omisión del levantamiento del acta fiscal en aquellos casos en que se impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales.

Con base en lo anterior, es criterio de esta Sala que no era exigible el levantamiento del acta fiscal por parte de la Administración, ya que su actuación se basó en la imposición de la sanción correspondiente al haberse presentado de manera tardía las declaraciones de impuesto al consumo suentario y a las ventas al mayor, razón por la cual, atendiendo al mandato normativo supra referido, podía proceder de inmediato a imponer la sanción y los intereses moratorios correspondientes.

En atención a las consideraciones anteriores, es por lo que en casos específicos como el que se dilucida en el presente fallo, en los que la actuación de la Administración simplemente se contrae a imponer una sanción por incumplimiento de deberes formales, no es exigido el previo levantamiento del acta fiscal, por lo que no puede alegarse de manera alguna prescindencia del procedimiento, resultando en consecuencia, improcedente la denuncia con arreglo a la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara...”.

Bajo la óptica de la sentencia parcialmente transcrita, se observa que la División de Fiscalización de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, con ocasión de la revisión efectuada a los Libros de Compras y Ventas de la contribuyente, pudo constatar el incumplimiento de deberes formales en materia del impuesto al valor agregado para los periodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, ambos inclusive.

También se aprecia de las actas que conforman el expediente, específicamente, del acto administrativo impugnado, que la Administración Tributaria fundamentó su actuación - imposición de sanciones de multa a la recurrente- en el artículo 172 y siguientes del Código Orgánico Tributario de 2001, razón por la que mal podría alegar la representación judicial de la sociedad de comercio accionante la vulneración de los derechos constitucionales de su mandante anteriormente señalados, pues la justificación de esa actuación se funda en el pro-

cedimiento previsto para tal fin en el referido Código; aunado a que la contribuyente tuvo la oportunidad de ejercer el recurso jerárquico en vía administrativa y el recurso contencioso tributario en sede judicial, para impugnar el acto administrativo que le fue notificado.

En sintonía con lo indicado, es oportuno resaltar que la intención del legislador al establecer a favor de la Administración Tributaria la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, fue la de sistematizar los procedimientos que ésta debe seguir en el ejercicio de las funciones que le son propias, sin que ello impida el despliegue de su potestad sancionadora; razón por la cual no resulta aplicable lo previsto en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, toda vez que dichos medios probatorios se corresponden a otros procedimientos en el ámbito tributario, pero no cuando se trata del procedimiento de verificación.

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta forzoso para la Sala desestimar los alegatos expuestos por la representación judicial de la sociedad mercantil recurrente, relativos a la vulneración por parte de la Administración Tributaria del derecho constitucional a la defensa de la contribuyente, por cuanto no se le permitió aportar los medios probatorios que justificarán el incumplimiento de los deberes formales, conforme a lo establecido en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, en concordancia con los artículos 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 326 del Código Orgánico Procesal Penal y 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara.

2. *Naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda*

**TSJ-SC (120)**

**22-2-2012**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Recurso de Colisión de Leyes).

**La Sala reitera que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria, pero destaca en esta oportunidad que esta noción difiere notoriamente de lo dispuesto por el artículo 133.4 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo precepto está referido a la base imponible sobre la cual se practica la exacción de los tributos, entendida bajo la sustracción definitiva de cierta parte del capital del contribuyente a favor del Fisco Nacional para el pago de tasas, impuestos o contribuciones tributarias para los fines inherentes del Estado, incluyendo su funcionamiento, siendo esta última disposición dispar a la anterior por ser propia del régimen fiscal.**

**V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

1. *El procedimiento administrativo sancionatorio*

**TSJ-SPA (17)**

**18-1-2012**

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Megalight Publicidad, C.A., vs. Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTT).

**La Sala señala que Instituto Nacional de Transporte Terrestre no debía abrir un procedimiento dirigido a discutir la legalidad o no de los elementos publicitarios, pues las vallas removidas no contaban con la autorización de instalación correspondiente.**

...Al respecto, debe destacarse que, de la revisión exhaustiva realizada al expediente se observa que la valla removida se encontraba en la “Autopista de Tazón, sector Cortada del Guayabo, Hoyo de la Puerta”; esto es, en una vía nacional, por lo que debe puntualizarse que de acuerdo con el Decreto N° 1.535, con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 3.7.332, del 26 de noviembre de 2001, ley aplicable *ratione temporis*, la autoridad competente es el entonces denominado Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (actualmente denominado Instituto Nacional de Tránsito Terrestre), como lo ha señalado la Sala de manera reiterada. (Vid. entre otras, Sentencia N° 1.254 del 13 de octubre de 2011, caso: *Inversiones Full Visión, S.A.*, contra Instituto Autónomo de Tránsito y Transporte Terrestre).

Precisado lo anterior, debe entonces hacerse remisión a lo previsto en el artículo 64 del referido Decreto N° 1.535, con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el cual disponía lo siguiente:

“Artículo 64. El Reglamento de este Decreto Ley especificará lo relativo a distancias, densidad, tamaño de los signos de la escritura y los colores y sus combinaciones de toda la publicidad institucional y comercial que se autorice para colocarlas en las inmediaciones de carreteras y autopistas.

Queda prohibida la colocación de vallas, anuncios, carteles o demás medios publicitarios que induzcan al consumo de bebidas alcohólicas o de cigarrillos, en las inmediaciones de carreteras y autopistas.”

Por su parte, el Reglamento de la entonces Ley de Tránsito Terrestre, el cual fue publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 5.240 Extraordinario del 26 de junio de 1998, (aún vigente) en su artículo 381 dispone lo siguiente:

“Artículo 381. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre ejecutarán las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas en este Capítulo sobre publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así corresponderá al Ministerio de Transporte y Comunicaciones actuar en la red vial nacional; a las Gobernaciones en las vías de comunicación estatales distintas de la anterior, y a los Municipios en el ámbito urbano, constituido por calles, avenidas, vías intercomunales y vías construidas con sus propios recursos.”

Determinado lo anterior, debe igualmente señalarse que de la revisión de los autos no se desprende que el referido Instituto haya autorizado a la recurrente para la instalación de una valla en la dirección ya indicada. En efecto, únicamente consta una comunicación del año 1999, dirigida a la sociedad mercantil recurrente, en la que el Presidente de la Comisión de Derecho de Vía del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones expresó que: “De acuerdo a su consulta para la instalación de una Valla Publicitaria medidas 6.00 x 12.00 mts. Doble Cara lumínica, a ubicarse en la Autopista Regional del Centro, en sentido Peaje Hoyo de la Puerta, cumpla en informarle que la Comisión de Derecho de Vía, constituida por los Ministerios MINDUR, MARN, MEN, no tienen ninguna objeción al respecto siempre y cuando cumpla con el Decreto 2994 sobre Publicidad Exterior.”

Lo anterior, como bien lo señaló el fallo apelado, no constituye una autorización para la instalación de un elemento publicitario, pues simplemente es la respuesta a una consulta respecto de la instalación de una valla, supeditada al cumplimiento de un Decreto, lo cual de

suyo implica la necesaria iniciación por parte de la recurrente, del procedimiento administrativo autorizador, durante el cual debía demostrar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley, y cuya comprobación corresponde al Instituto recurrido.

De allí que, a juicio de esta Sala, como acertadamente lo señaló el a quo, la empresa recurrente no demostró haber sido autorizada por la autoridad competente para instalar el elemento publicitario en cuestión.

La anterior afirmación resulta relevante a los efectos de decidir la denuncia de violación del derecho a la defensa y al debido proceso que en primera instancia fue atribuida al Instituto y que en esta etapa procesal ha sido imputada también a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, siendo que la empresa recurrente no demostró haber obtenido autorización para la instalación de la valla, debe analizarse si el Organismo recurrido debía o no abrir un procedimiento administrativo antes de proceder a su desmontaje.

Ahora bien, como ya se señaló, el artículo 381 del Reglamento de la ley especial en materia de tránsito y transporte terrestre, confiere potestad a las autoridades administrativas (anteriormente Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, actualmente Instituto Nacional de Tránsito Terrestre), para “ejecutar las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas” en el referido Reglamento, respecto de la publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas.

Respecto de las referidas disposiciones legales y reglamentarias, esta Sala, en Sentencia N° 332 del 13 de marzo de 2008, caso *Tamanaco Advertaising, C.A. contra Ministro de Infraestructura*, señaló lo siguiente:

“Al respecto, la Sala estima necesario referirse a lo dispuesto sobre la materia evaluada en el Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, a saber:

‘Artículo 55. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre competentes, en el ámbito de su circunscripción, quedan facultadas para remover los obstáculos, obras, vehículos u objetos que se encuentren ubicados, estacionados o depositados en la vía pública, en zonas prohibidas o en sitios que obstaculicen el normal desarrollo de la circulación vehículos y peatones. En el Reglamento de este Decreto Ley se establecerá el procedimiento a seguir en estos casos.’

‘Artículo 64. El reglamento de este Decreto Ley especificará lo relativo a distancias, densidad, tamaño de los signos de la escritura y los colores y sus combinaciones, de toda la publicidad institucional y comercial que se autorice para colocarlas en las inmediaciones de carreteras y autopistas (...).’ (Destacados con negrillas de la Sala).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 5.240 Extraordinario del 26 de junio de 1998, en el capítulo dedicado a la seguridad en las vías, dispone lo siguiente:

‘Artículo 367. La colocación de toda publicidad institucional y comercial en las inmediaciones de carreteras y autopistas, tales como vallas, señales, carteles, dibujos, avisos luminosos o no, pancartas y demás medios similares, deberá ser autorizada por las autoridades competentes. Se entiende por inmediaciones de carreteras y autopistas una franja de cincuenta (50) metros medidos desde el eje de la vía en las autopistas nacionales; de treinta (30) metros medidos desde el eje de la vía en las carreteras pavimentadas y quince (15) metros medidos desde el eje de la vía en las carreteras no pavimentadas.

En caso de que se modifique el eje de la vía, deberán ser reubicadas las vallas existentes de acuerdo con la localización que tenga el nuevo eje, respetando las distancias establecidas en este artículo’.

...omissis...

‘Artículo 381. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre ejecutarán las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas en este Capítulo sobre publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así corresponderá al Ministerio de Transporte y Comunicaciones actuar en la red vial nacional; a las Gobernaciones de Estados en las vías de comunicación estatales distintas de la anterior, y a los Municipios en el ámbito urbano, constituido por calles, avenidas, vías intercomunales y vías construidas con sus propios recursos’. (Destacados con negrillas de la Sala)’.

Contrastando las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende con claridad que estas últimas (las del reglamento) constituyen el desarrollo de lo previsto en los citados artículos 55 y 64 de la analizada Ley, y de su contenido resulta manifiesto que la remoción de las vallas publicitarias, no es más que la consecuencia jurídica forzosa de las prohibiciones establecidas *ex lege* (...)”

Así, a juicio de la Sala, la correcta y adecuada interpretación de las citadas normas, conduce a colegir que las actuaciones desplegadas por el Instituto recurrido no constituyen vías de hecho, como lo denuncia la empresa recurrente, sino el ejercicio de potestades de policía administrativa que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico al Instituto recurrido, con el objeto de preservar intereses colectivos como lo son la seguridad de personas y bienes. Siendo ello así, no es cierto -como lo afirma la parte apelante- que el Instituto recurrido debía abrir un procedimiento dirigido a discutir la legalidad o no de los elementos publicitarios, pues -como ha quedado probado en autos-, las vallas removidas no contaban con la autorización de instalación correspondiente.

No obstante lo anterior, no debe esta Sala dejar de señalar que consta en autos, al folio cincuenta y seis (56) del expediente, copia simple de comunicación distinguida con los Nros. 01-15-01-662, por medio de la cual el Presidente del entonces Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre comunicó a la empresa recurrente que “entre los asuntos planteados en la última reunión llevada a cabo en las instalaciones de [ese] Instituto el día 26-04-2005, se acordó que el Despacho en una 2da etapa actuaría sobre todas aquellas unidades publicitarias (vallas), que contravienen el Artículo 374 del Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre”, razón por la que la exhortó a que no comprometiera los espacios publicitarios para períodos que excedan del 1º de octubre de 2005. (Negrillas del documento citado).

Lo anterior pone de manifiesto que la sociedad mercantil recurrente fue convocada y asistió a la “última reunión” celebrada en las instalaciones del Organismo recurrido, con el fin de tratar la problemática relativa a las vallas instaladas sin la autorización respectiva, en las inmediaciones de carreteras y autopistas. Aunado a lo anterior, debe destacarse que tal problemática dio lugar a que el Organismo recurrido convocara a las empresas de publicidad a varias reuniones, así como a la publicación de avisos de prensa, exhortándolas a la remoción voluntaria y reubicación, previa obtención de autorización; hechos que por notoriedad judicial son del conocimiento de esta Sala. (*Vid.* entre otras, la ya citada Sentencia N° 1.254 del 13 de octubre de 2011). A juicio de esta Sala, ello pone de manifiesto que no puede considerarse que la remoción de la valla por parte del Instituto recurrido constituya una vía de hecho, sino el ejercicio de potestades de policía administrativa que le fueron conferidas por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de proteger los intereses del colectivo.

Cónsono con el anterior razonamiento, debe esta Sala desechar la denuncia de violación del derecho a la defensa y al debido proceso denunciada por la parte apelante. Así se decide.

A. *Legitimación pasiva*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**La Sala se pronuncia respecto a los grupos societarios, cuyos miembros suelen actuar separadamente, pero que están obligados por ley a cumplir como una unidad, los deberes y obligaciones adquiridos frente a terceros. Ello, a los fines de determinar el sujeto pasivo en un procedimiento administrativo sancionatorio.**

1. Suposición falsa sobre la notificación y participación de la empresa Globovisión Tele, C.A. en el procedimiento sancionatorio y la supuesta participación en un grupo empresarial utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las apoderadas actoras aducen que si bien el procedimiento administrativo sancionatorio, fue iniciado contra la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., por ser la titular de la concesión de televisión abierta la cual explota a través del canal Globovisión, la Planilla de Liquidación para el pago fue emitida a nombre de la empresa Globovisión Tele, C.A.

Con ese fundamento sostienen la ausencia en el expediente administrativo de elementos probatorios, de los cuales se evidencie que la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., haya sido notificada del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio y que, al afirmar lo contrario la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, incurrió en su pronunciamiento en falso supuesto.

Indican que la mencionada Corte supuso falsamente la existencia de un grupo societario utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, solamente por el hecho de que Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., es accionista de Globovisión Tele, C.A.

Que la empresa cuya notificación se omitió, “fue sancionada y reposa en su cabeza el deber de pagar una desmesurada multa impuesta por acusaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de defenderse. No se trata entonces de eludir el cumplimiento de la ley, lo cual negamos enfáticamente y de lo cual no consta prueba alguna en el expediente, se trata, por el contrario, de exigir la protección de los derechos constitucionales menoscabados por los Actos”.

Exponen que en la sentencia apelada la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), debía alegar y probar desde el inicio del procedimiento administrativo la existencia de un grupo societario, y la supuesta intención de defraudar con su constitución a terceros, excepto disposición de la Ley en el sentido de que la obligación del pago de la multa corresponde al grupo económico, lo cual -a su decir- no ha ocurrido en el caso concreto.

Afirman que por lo anterior, se evidencia la falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la transgresión de los derechos a la defensa y al debido proceso.

En este sentido, al pronunciarse la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sobre la violación de los derechos a la defensa y al debido proceso alegado por la parte recurrente, específicamente, con relación a la presunta falta de notificación de la empresa Globo-

visión Tele, C.A., dicho órgano jurisdiccional desestimó ese alegato por considerar que la mencionada empresa y la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. forman un grupo societario y, por tanto, la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio abarcó a ambas empresas.

Ahora bien, se observa que al resolver la apelación interpuesta contra la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró improcedente el amparo cautelar solicitado, la Sala se pronunció específicamente sobre la suposición falsa en que -a decir de los actores- incurrió el mencionado órgano jurisdiccional respecto a la notificación y participación de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., en el procedimiento administrativo, así como sobre la falta de aplicación del artículo 49 del Texto Constitucional. Igualmente, se evidencia que la fundamentación de dichos alegatos es muy similar en ambas apelaciones.

No obstante lo anterior, estima la Sala oportuno hacer referencia, nuevamente, a la jurisprudencia de este Alto Tribunal con relación a los grupos societarios, cuyos miembros suelen actuar separadamente, pero que están obligados por ley a cumplir como una unidad, los deberes y obligaciones adquiridos frente a terceros.

De esta manera, la Sala Constitucional indicó en la sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001 lo que a continuación se transcribe:

“Se trata de figuras diversas a las contempladas en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, ya que realmente no son sociedades irregulares, sino personas jurídicas distintas formalmente, perfectamente constituidas que obran como una unidad, con una sola dirección y con un solo fin, por lo que ni siquiera pueden considerarse asociaciones, ya que contratos entre ellos no existen, y menos puedan ser comités sin personalidad jurídica, previstos en el citado artículo 139.

Pero el que no se subsuman a plenitud dentro del artículo 139 citado, y que más bien obran al igual que las sucursales y agencias previstas en el artículo 28 del Código Civil, sin ser ellas realmente, no las puede colocar en relación a los principales, en mejor situación que las figuras de los artículos citados (28 del Código Civil y 139 del Código de Procedimiento Civil), ya que sus relaciones debido a su condición de instrumentalidad, son incluso más estrechas con la ‘matriz’ que las señaladas en los artículos 139 y 28 aludidos; y ante tal realidad ellos pueden ser citados en nombre de los principales por los hechos que son comunes a ambos, sin necesidad de emplazar en juicio a los dos.

Pero como ya se señaló, si la contraparte escoge para citar o notificar a una de las filiales o relacionadas, o apunta al principal, posteriormente no podrá estar cambiando la persona a citarse, ya que ello se prestaría a sorpresas, inseguridades y hasta fraudes, conforme a la situación de las filiales o relacionadas con el principal”. (Destacado de esta Sala)

Igualmente, la Sala Constitucional en la decisión N° 903 del 14 de mayo de 2004, luego de referirse a los diversos parámetros del ordenamiento jurídico para comprobar la existencia de tales grupos de personas jurídicas distintas que obran como una unidad, insistió en la posibilidad de obtener el pronunciamiento contra un grupo económico y determinar la ejecución contra cualquiera de ellos, sin necesidad de “... citar a todos los componentes, sino que conforme el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al caso basta citar al señalado como controlante, que es quien tiene la dirección del resto del conjunto, sin perjuicio de que cualquiera de las partes, pida la intervención de otro de los componentes del grupo, ya que como miembro del conjunto se confunde con la parte principal, hasta que no se declare judicialmente la existencia del grupo, su situación se asimila a la de un tercero...”.

Posteriormente, esta Sala Político-Administrativa reiteró el criterio de la Sala Constitucional con relación a los grupos económicos o empresas vinculadas, y en su decisión N° 683 del 4 de junio de 2008, estableció lo siguiente:

“Lo anterior, permite a la Sala concluir que del contrato celebrado por la abogada con la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A., filial de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), deriva claramente la vinculación económica de ambas empresas, por lo que resulta aplicable al presente caso lo señalado por la Sala Constitucional en su sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001, caso *C.A. de Administración y Fomento Eléctrico CADAFE*, en la que señaló lo siguiente:

‘(...) (E)l desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelanta una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías -por ejemplo- una mayoría accionaria o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Jurídicamente no se trata de agencias o sucursales, ya que adquieren una personería jurídica aparte del principal y distinta a la de las agencias o sucursales, y en base a esa autonomía formal, asumen obligaciones y deberes, teóricamente diferenciadas del principal, pero que en el fondo obran como agencias o sucursales.

A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la ‘casa matriz’, se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros, con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante.

Diversas leyes vigentes han tomado en cuenta estas conexiones, y a ellas se refieren, para evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc. (...)

Las filiales, como lo dice la etimología de la voz, no pueden ser sino hijos de las controlantes, si son sociedades fundadas directa o indirectamente por los controlantes, con el objeto que crean conveniente, y que pueden obrar en un momento dado como personas interpuestas, pudiendo ser los administradores los mismos que los de los controlantes, u otras personas que reciben órdenes o instrucciones de aquellos, ya que son quienes los nombran, en vista, de que -si son sociedades de capitales- son los principales dueños del capital social.

Muchas de estas sociedades o empresas creadas por la ‘casa o dirección matriz’ o principal, además se presentan públicamente como filiales o miembros de un grupo o unidad económica, bien por declaraciones que hace el grupo en ese sentido, sin que nadie los desmienta, o porque en sus actos una compañía o empresa se declara filial de otra, o utiliza símbolos, signos, lemas u otras expresiones que son compartidas con el principal, quien así también se identifica y lo permite.’

Sobre la base del transcrito criterio, a juicio de esta Sala resulta ajustada a derecho la decisión apelada en la cual el Juzgado de Sustanciación consideró que aun cuando las empresas filiales son ciertamente distintas a la principal, se encuentran vinculadas no sólo por lazos económicos, sino de dirección, estando sometidas a los lineamientos de la principal o matriz” (Destacado del texto)

Conforme a la jurisprudencia antes citada, observa esta Sala de los documentos cursantes en autos, suficientes elementos que permiten advertir en esta etapa procesal la vinculación existente entre las empresas Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A.

En efecto, de la copia de los documentos constitutivos de las sociedades mercantiles Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A., consignados en el expediente a los folios 430 y 446 de la pieza 1, respectivamente, se aprecia que la primera de las aludidas empresas es accionista mayoritaria de la segunda, lo cual pone de manifiesto el control de gestión de Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. sobre Globovisión Tele, C.A.

Asimismo, consta en autos copia del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del 18 de marzo de 2010 de la empresa Globovisión Tele, C.A., convocada por su Presidente Guillermo Zuloaga Núñez, en la cual se encontraban presentes, entre otros, el ciudadano Guillermo Zuloaga Siso en representación de la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., “propietaria de Tres Millones Setecientas Noventa y Seis Mil Setecientas Treinta y Una (3.796.731) acciones, que conforman la totalidad del Capital Social de la Compañía” (folios 501 al 504 de la pieza 1 del expediente).

Por otra parte, de los anteriores instrumentos se aprecia que el cargo de Presidente de ambas sociedades mercantiles es ejercido por el ciudadano Guillermo Zuloaga Núñez; razón por la cual concluye esta Sala que aun cuando el procedimiento administrativo fue iniciado contra la empresa Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., éste abarca a la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., como así lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado, pues sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia de fondo, ambas empresas conforman un grupo societario que, en principio, estaría obligado a cumplir como un todo las obligaciones adquiridas por sus diferentes componentes.

Adicionalmente, del escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad se evidencia que las apoderadas judiciales de los recurrentes exponen las defensas en representación de ambas empresas, utilizando en ocasiones el nombre “Globovisión” para referirse a cualquiera de ellas.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Alzada evidencia que la empresa Globovisión Tele, C.A. se encontraba en conocimiento del inicio y la tramitación del procedimiento administrativo por parte del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En este sentido, debe resaltarse que los grupos económicos no siempre se conforman con el fin último de contrariar el ordenamiento jurídico y eludir los deberes y derechos adquiridos respecto a terceros; no obstante, por el mismo hecho de estar vinculados por elementos de distinta índole, se encuentran obligados a responder frente a esos terceros como una unidad, por lo que no era necesario para el mencionado Directorio de Responsabilidad Social demostrar, en este caso, la existencia del grupo societario para iniciar el procedimiento administrativo y aplicar la sanción correspondiente.

Por lo anterior, esta Sala desestima la suposición falsa sobre la notificación y participación de la empresa Globovisión Tele, C.A. en el procedimiento sancionatorio y la supuesta participación en un grupo empresarial utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, así como la falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Sanción de multa*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**La Sala analiza si una multa tiene o no carácter confiscatorio**

Las representantes judiciales de los recurrentes alegan la errónea interpretación en la decisión impugnada del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, al no tomarse en cuenta que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), sancionó a sus mandantes por la reiteración de mensajes e información y aplicó como agravante esa misma reiteración, además de que el fallo no se pronunció sobre la atenuante de ser la primera vez que la empresa Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. es sancionada por ese órgano.

Afirman que en el fallo apelado no se aplicaron los artículos 112, 115 y 116 del Texto Constitucional, pues no fue apreciado el carácter confiscatorio de la multa impuesta, en violación de los derechos a la propiedad y a la libertad económica, por imposibilitar el giro económico de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. Sostienen que en el presente caso, es evidente que no se está en presencia de alguna de las excepciones previstas en el Texto Constitucional para la procedencia de la confiscación de bienes, sino que al ser la multa aplicada en forma desproporcionada esta es confiscatoria.

Insisten en que la sanción de multa por el monto equivalente al siete coma cinco por ciento (7,5%) de los ingresos brutos de la referida empresa, le produciría a ésta un daño irreparable, ya que se vería imposibilitada de continuar con el giro ordinario necesario para su operatividad, siendo el efecto de la sanción una confiscación parcial de los bienes de la empresa, al lesionar en forma directa y desproporcionada el derecho a la propiedad de las empresas.

Indican que en la sentencia apelada se establece erróneamente que "...la confiscatoriedad solo podría verificarse en un tributo –tributación desproporcionada-, y la multa impuesta no es un tributo", cuando contrariamente -a su decir- la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela simplemente prohíbe las confiscaciones, independientemente de cómo se ejecuten. Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo desestimó el argumento de la parte actora con relación a la errónea interpretación del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos denunciada por los actores, al apreciar en el caso concreto la evidencia de circunstancias agravantes establecidas en dicha norma para la aplicación de la sanción, por cuanto la parte recurrente durante el procedimiento administrativo no reconoció la infracción a la referida Ley, así como tampoco realizó actuaciones dirigidas a subsanar las conductas que le fueron atribuidas. Igualmente, la prenombrada Corte señaló que la multa fue aplicada conforme al término medio del parámetro previsto en la aludida norma, el cual se incrementó en razón de las circunstancias agravantes.

Del mismo modo, estimó el mencionado órgano jurisdiccional, que la imposición de la multa obedeció al ejercicio de las potestades sancionatorias atribuidas por la Ley al Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), con la finalidad de preservar el interés público, sin que haya quedado demostrado en autos que el acto administrativo recurrido hubiese confiscado bienes de la parte actora.

En este orden de ideas, resulta pertinente citar el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 34. A los efectos de determinar las sanciones aplicables, de conformidad con esta Ley, se tendrá en cuenta:

1. El reconocimiento de la infracción antes o durante el curso del procedimiento.
2. La iniciativa propia para subsanar la situación de infracción.
3. Que el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión con fines de lucro o sin fines de lucro.
4. Las reiteraciones y la reincidencia.
5. Las demás circunstancias atenuantes o agravantes que puedan derivarse del procedimiento.

El prestador de servicio de radio o televisión durante la difusión de los mensajes en vivo y directo, sólo será responsable de las infracciones previstas en la presente ley o de su continuación, cuando la administración demuestre en el procedimiento que aquél no actuó de forma diligente”.

La norma transcrita establece los parámetros que debe tomar en cuenta el mencionado Directorio en la aplicación de las sanciones establecidas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, previendo expresamente una serie de circunstancias atenuantes o agravantes de la sanción y, además, deja a consideración del órgano administrativo otras situaciones con el objeto de ponderar la aplicación de la sanción.

Ahora bien, de la lectura de la Providencia Administrativa recurrida se colige que, en el caso concreto, las conductas que dieron lugar a la sanción de multa fueron, entre otras, la difusión y edición de imágenes violentas acerca de los hechos acaecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo así como las declaraciones de familiares de los reclusos en el transcurso de toda la programación del canal Globovisión, entre los días 16 al 19 de junio de 2011; la transmisión de opiniones “cargadas de declaraciones críticas” a la supuesta falta de información y pronunciamiento por parte de las autoridades competentes respecto a tales hechos, y la difusión parcial de las declaraciones de los órganos oficiales; conductas estas que fueron subsumidas en los supuestos previstos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley en referencia, como lo son: la incitación o promoción del odio y la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia; la incitación, promoción o comisión de la apología del delito; fomento de la zozobra en la ciudadanía o alteración del orden público, y la incitación o promoción del incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, se aprecia que para la determinación del monto de la multa, la Administración tomó en consideración la reiteración de las conductas objeto de sanción, la utilización de las declaraciones de los familiares de los reclusos “...con morbosidad, más allá de la lógica difusión de la noticia...”, no reconocimiento de las infracciones por parte de los recurrentes y la no subsanación de los hechos que configuraron las infracciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 *eiusdem*. Todo ello implicó para el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), “...un irrespeto a la dignidad humana, a la integridad de las personas, a su dolor y sentimientos de angustia...”, con lo cual estima esta Sala, salvo el análisis que se realice en la sentencia que decida el fondo del asunto, que no hubo en el caso concreto una interpretación errada del mencionado artículo 34, pues la sanción fue impuesta con la ponderación de las circunstancias del caso, según lo dispuesto en la norma.

En otro orden de ideas, se observa que el alegato relativo a la falta de aplicación de los artículos 112, 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativos a los derechos a la libertad económica y a la propiedad y la prohibición de las confiscaciones, ya fue decidido por la Sala con base en las mismas pruebas, al resolver la apelación incoada contra la improcedencia del amparo constitucional ejercido en forma cautelar ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, debe ratificar la Sala que los aludidos derechos se encuentran sujetos a las limitaciones previstas en la Constitución y las Leyes, en atención a la función social, la utilidad pública y el interés general que prevalezcan sobre ellos en un momento determinado, por lo cual no se trata de derechos absolutos sino relativos.

Asimismo, es oportuno reiterar que la confiscación constituye una excepción del derecho a la propiedad y se refiere a la potestad del Estado de sustraer coactivamente del patrimonio de una persona y sin indemnización alguna, la propiedad de bienes determinados en resguardo del interés general. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 1385 del 30 de septiembre de 2009).

Contrariamente a lo afirmado por él *a quo* en el fallo apelado, respecto a que “la confiscatoriedad sólo podría verificarse en un tributo”, advierte la Sala una vez más que la confiscación sólo procede en los casos expresamente previstos en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, excepcionalmente, podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme: a) bienes de personas responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público; b) bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público; y c) bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, sin que puedan admitirse casos no previstos expresamente en la Ley.

De lo anterior, advierte la Sala que a los fines de demostrar la supuesta naturaleza confiscatoria de la sanción impuesta y la presunta violación de los derechos a la libertad económica y a la propiedad, las apelantes afirman haber consignado ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, un “Informe de Contadores Públicos Independientes sobre el flujo de caja proyectado Septiembre 2011/Febrero 2012”.

El mencionado Informe, ya analizado por la Sala, cursa al folio 263 de la pieza 1 del expediente judicial, y fue realizado por los ciudadanos Marcos Perdomo y Henry Paredes, en su condición de Contadores Públicos, con el objeto de exponer lo concerniente al Flujo de Caja “Proyectado” de la empresa Globovisión Tele, C.A. “...para el período comprendido entre el 01 de septiembre de 2011 y el 29 de febrero de 2012...”. En dicho Informe se indica, entre otros aspectos, que los saldos en efectivo y sus equivalentes son iguales a cero bolívares (Bs. 0,00) para los meses de enero y febrero.

En el referido Informe, se señala, además, lo siguiente:

#### “INGRESOS DE CAJA

Los ingresos mensuales por ventas comienzan con la cobranza real que se efectúa al 30-09-2011 y continúan con la cobranza del mes de Octubre, y en relación a los ingresos por ventas de los meses subsiguientes, los mismos se estimaron de acuerdo a lo que ha sido la experiencia de cobranza de los 2 años anteriores, para estos meses, en los cuales siempre en el mes enero es menor la cobranza porque las Agencias de Publicidad y muchos clientes están de vacaciones colectivas...”. (Negrillas del texto y subrayado de esta Sala).

De la lectura integral del documento y del texto parcialmente transcrito, se evidencia que el “Informe de Contadores Públicos Independientes sobre el flujo de caja proyectado Septiembre 2011/Febrero 2012”, se efectuó con proyecciones para los meses de octubre de 2011 a febrero 2012, sobre los ingresos de la prenombrada empresa, de acuerdo al histórico de las cobranzas efectuadas por los dos (2) años anteriores, en los meses de septiembre a enero de 2010 y 2009.

Ahora bien, respecto al señalamiento relativo a que “...en el mes enero es menor la cobranza porque las Agencias de Publicidad y muchos clientes están de vacaciones colectivas...”, a juicio de la Sala ello no implica que no se generen a favor de la empresa créditos por concepto de los servicios prestados durante ese mes o en el mes de febrero, que se registren como eventuales ingresos.

Igualmente, considera la Sala que los datos contables suministrados con base a proyecciones no reflejan fehacientemente el giro económico diario ni la situación financiera real de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A.; máxime cuando para esas proyecciones se tomaron como marco referencial elementos históricos correspondientes a períodos anteriores, respecto a lo cual no existe probanza en autos, lo que en definitiva imposibilita al juez presumir la fehaciencia y veracidad de los referidos datos.

Por otra parte, tal y como se advirtió en la oportunidad de resolver la apelación interpuesta contra la declarada improcedencia del amparo cautelar, no se observa de las actas que conforman el expediente que la parte recurrente haya consignado otros instrumentos probatorios, como serían, por ejemplo: las declaraciones de impuesto sobre la renta correspondientes a los ejercicios fiscales precedentes a la imposición de la multa, las declaraciones del impuesto al valor agregado de los períodos impositivos de los años 2010 y 2011, un balance general donde constase el patrimonio actual de la empresa, un estado de ganancias y pérdidas o estados de cuentas bancarias; todo ello a los fines de probar que los ingresos netos percibidos por la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. durante el ejercicio fiscal respecto al cual se impuso la sanción de multa, esto es, 2009-2010, ni posteriormente a éste, sean menores a la suma equivalente a dicha sanción, de tal modo que la multa pudiera ser considerada excesiva; razón por la cual no es posible determinar en esta fase del proceso la violación al principio de no confiscatoriedad y de los derechos a la libertad económica y a la propiedad, en los términos expresados por los accionantes.

Igualmente se observa que la multa impugnada, la cual asciende a la cantidad de Nueve Mil Trescientos Noventa y Cuatro Trescientos Catorce Bolivares (Bs. 9.394.314,00), representa el siete coma cinco (7,5%) por ciento de los ingresos brutos, lo que permite deducir que éstos fueron mayores al monto de la sanción aplicada.

Así las cosas, debe esta Sala desestimar la errónea interpretación del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos y la falta de aplicación de los artículos 112, 115 y 116 del Texto Constitucional, habida cuenta que en esta fase del proceso no se evidencia la afectación que pudiese sufrir el giro diario de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. derivada del monto de la multa impuesta a los apelantes por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Así se declara.

2. *Actos Administrativos*

A. *Requisitos de fondo*

a. *Competencia: Delegación*

**TSJ-SPA (70)**

**8-2-2012**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Banco Provincial, S.A., Banco Universal vs Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**Para que exista delegación de conformidad con la Ley, es necesario que se transmitan las atribuciones a un órgano de inferior jerarquía o a un ente descentralizado funcionalmente sea de origen público o privado.**

Finalmente, habiéndose determinado la naturaleza administrativa del contrato en cuya ejecución se dictaron los actos impugnados, así como la presencia de cláusulas exorbitantes, es necesario señalar que el Sentenciador de instancia consideró correctamente que el Banco Provincial, S.A., Banco Universal, actuaría como un colaborador o auxiliar de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos, como un mero receptor de fondos nacionales y no como un agente de retención ni de percepción de los impuestos; sin embargo, erró al calificar de “delegación” de funciones o de atribuciones de parte de la Administración a la recurrente, de esa prestación de recibir y transmitir información e ingresos por concepto de tributos nacionales.

En este sentido, vale advertir que la delegación es una técnica organizativa mediante la cual un órgano con un ámbito competencial determinado, desvía algunas de sus atribuciones, ya sea a un órgano de inferior jerarquía o bien al funcionario que ostente la titularidad de dicho órgano; en este segundo supuesto, la cesación en el cargo aparejaría el fin de la autorización.

Esta técnica responde principalmente a criterios de eficiencia y especialización en la gestión de las potestades públicas, lo que la ha hecho de frecuente utilización por la Administración Pública venezolana.

De esta manera, para que exista delegación de conformidad con la Ley, es necesario que se transmitan las atribuciones a un órgano de inferior jerarquía o a un ente descentralizado funcionalmente sea de origen público o privado, condiciones que no se verifican en el caso bajo análisis, pues el banco recurrente no ostenta ninguno de los caracteres mencionados, y por tanto, no es una delegación el objeto del contrato bajo análisis.

No obstante, estima esta Máxima Instancia que el error advertido no es de tal entidad como para revocar el fallo apelado, toda vez que no modifica su dispositivo, ni altera el tema central debatido, que no es precisamente la delegación de atribuciones sino la naturaleza jurídica del contrato como punto de partida para determinar la conformidad a derecho o no de las sanciones impuestas en ejecución de dicho instrumento.

## VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. *Poderes del Juez Contencioso Administrativo*

**TSJ-SPA (220)**

**15-3-2012**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**En el marco de los amplios poderes del juez contencioso administrativo y en aras de la garantía de tutela judicial efectiva, aplicables incluso en fase cautelar, el órgano jurisdiccional está facultado para interpretar los hechos planteados por las partes y, por lo tanto, no debe limitarse a apreciarlos según la calificación jurídica dada por los recurrentes; lo cual no significa de modo alguno que el Juez se sustituya en los accionantes y asuma suplir la falta de fundamentación en la que puedan haber incurrido los solicitantes.**

### 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

#### A. *Objeto: Decreto de expropiación*

**TSJ-SC (203)**

**29-2-2012**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Seguros Federal, C.A.

**El Decreto expropiatorio no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, así como tampoco, como un acto de gobierno (indulto, manejo internacional de la República), sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades ablatorias que detenta la Administración y cuyo control judicial escapa del ámbito de competencias de la Sala Constitucional, al pertenecer, en tanto que actividad administrativa, al control de la denominada jurisdicción contencioso administrativa.**

Analizadas las actas que conforman el expediente, la Sala observa que, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia afirmó que esta Sala Constitucional es el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento del recurso incoado, sobre la consideración de que el Decreto objeto de impugnación sería un acto de gobierno, dictado en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, si bien el Decreto cuya nulidad se pretende se encuentra inicialmente basado en el artículo 236, numerales 2 y 11, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales el Presidente de la República dirige la acción de gobierno, igualmente, se fundamenta en el artículo 115 *eiusdem* y los artículos 5 y 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

El referido artículo 115 del Texto Fundamental, reconoce el derecho a la propiedad y consagra la potestad expropiatoria del Estado en los siguientes términos:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

El artículo 5 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 5. El decreto de expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos. Dicha declaración le corresponderá en el orden nacional al Presidente de la república, en el orden estatal al Gobernador y en los municipios al Alcalde.

El decreto de expropiación requerirá la previa declaratoria de utilidad pública de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 de esta ley”.

Por su parte el artículo 56 *eiusdem*, establece lo siguiente:

Artículo 56. Cuando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien competa su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 *eiusdem* a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien.

El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado.

Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aun antes de la homologación del tribunal”.

Conforme a las citadas normas, se ordenó la adquisición forzosa de los activos de las accionantes y, al mismo tiempo, se acordó el inicio del procedimiento expropiatorio de los bienes sobre los que recae la expropiación.

Ello así, es preciso observar, que la potestad expropiatoria es una forma típica de actuación administrativa del Estado que, como tal, tiene carácter sub legal. Entonces, resulta patente que el Decreto impugnado no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como tampoco, como un acto de gobierno (indulto, manejo internacional de la República), sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades ablativas que detenta la Administración y cuyo control judicial escapa del ámbito de competencias de esta Sala Constitucional, al pertenecer, en tanto que actividad administrativa, al control de la denominada jurisdicción contencioso administrativa.

Lo expuesto, conlleva a plantear un conflicto negativo de competencias entre esta Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa. Ahora bien, como quiera que según lo dispuesto en el artículo 25.13 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde

a esta Sala la solución de cualquier controversia que pudiera plantearse entre Salas, se pasa a decidir el conflicto planteado y, a tal fin, observa que, como se determinó supra, el Decreto N° 7.786, dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela el 2 de noviembre de 2010, mediante el cual se ordenó la adquisición forzosa de los bienes de las accionantes y, en consecuencia, acordó el inicio del correspondiente procedimiento expropiatorio sobre los activos de dichas sociedades mercantiles.

El artículo 26.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyen a la Sala Político Administrativa competencia para conocer las demandas de nulidad contra actos administrativos dictados por el Presidente de la República y siendo que en este caso, el Decreto impugnado es un acto administrativo de carácter expropiatorio, concluye esta Sala que su control judicial corresponde a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, según lo previsto en los referidos artículos 26.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide.

B. *Suspensión automática de los efectos del acto administrativo (multas)*

TSJ-SC (144)

23-2-2012

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cemex de Venezuela SACA (Revisión de Sentencia)

**La Sala reitera el contenido interpretativo del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en el sentido de que si la Resolución impugnada sólo tiene como mandamiento el establecimiento de una multa, podrá el Tribunal acordar la suspensión de los efectos del acto sin necesidad de entrar a valorar ninguno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en materia de derecho de la competencia (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y ponderación de intereses), si el particular previa solicitud de suspensión de efectos, consigna el monto de la caución o fianza.**

Precisado lo anterior, debe pasarse a verificar si ciertamente la sentencia objeto de revisión se apartó del criterio establecido por esta Sala en sentencia N° 1590/2006, en la cual se desestimó la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, se estableció que el mencionado artículo el cual contempla una cautelar *ope legis*, resultaba ajustaba a derecho. En tal sentido, expuso la referida decisión, lo siguiente:

“El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone lo siguiente:

«La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales».

De la lectura de la primera parte de dicha norma, se observa con claridad que la suspensión de efectos en ella prevista opera sólo respecto de las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de entre el amplio espectro de sanciones contemplado en

dicha normativa, siempre y cuando medie petición expresa en ese sentido por parte del administrado al acudir a la sede contencioso-administrativa.

Es decir, la norma en cuestión circunscribe el objeto de tal cautela «cuasi-automática» al contenido pecuniario de la resolución administrativa sancionatoria dictada por el ente regulador de las telecomunicaciones.

La segunda parte de la norma, por contrapartida, deja a salvo la potestad de la mencionada Comisión para «hacer uso» de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales (...).

*...omissis...*

Del marco normativo estudiado, puede criticarse que la remisión que a él hace el único aparte del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no resulta del todo feliz. En efecto, de las normas que regulan el procedimiento ejecutivo especial al que se refirió escuetamente el Legislador en la norma delatada, se encuentra que dentro de él no se prevén cautelas específicas y que la más cercana mención acerca de este tema, aparece únicamente en el transcrito artículo 657 de la ley referida adjetiva, que -a su vez- remite a este respecto al artículo 590 del mismo código (...).

*...omissis...*

No obstante la escasa claridad con la que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones trató el punto, puede deducirse de su artículo 205 la intención de resguardar objetivamente el interés de la Administración actuante, con miras a impedir que la insolvencia del administrado sobrevenida en el juicio, impida a aquélla satisfacer el crédito que tiene en su contra, en caso de ser desechada la pretensión de nulidad del acto impugnado en sede contencioso-administrativa.

Entonces, la lectura que debe darse a la norma en su conjunto, implica reconocer que -ciertamente- el administrado cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de la multa impuesta en su contra, en cuyo caso el juez está obligado a otorgarla. Pero también, el ente regulador puede solicitar al juez, como contra-cautela de la suspensión operada, que exija al administrado caución o garantía suficiente de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

A modo de conclusión, recuérdese que la eficacia de la medida administrativa adoptada en el marco del procedimiento correspondiente, no se ve menoscabada en modo alguno, pues la suspensión acordada sólo implicaría la inexigibilidad de la multa. Ello supone que si bien el estudiado artículo 205 amplía la protección cautelar del sujeto regulado, al mismo tiempo preserva el interés público tutelado por la Administración, lo que sirve de base para comprobar la razonabilidad de la norma delatada y desechar los argumentos de inconstitucionalidad efectuados en su contra.

Aunado a tal planteamiento, debe subrayarse que no puede desconocerse que al justiciable lo ampara la presunción de inocencia y, por ello, no resulta fuera de lugar que el propio Legislador haya previsto un mecanismo que sirve de contrapeso al ejercicio de la delicada potestad sancionatoria por parte de la Administración, respecto de la cual -debe acotarse- no nacen derechos respecto de terceros, por lo que mal podría estimarse que la suspensión de la multa podría perjudicar en forma alguna los intereses de éstos y -menos aún- su derecho a la defensa.

Por los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional estima que el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones resulta plenamente compatible con los postulados constitucionales que han sido abordados en este fallo. Así se declara.

El examen efectuado hasta el momento arroja con claridad la conformidad constitucional de la norma desaplicada por la Sala Político-Administrativa. El asunto tuvo su origen, entonces, en un inadecuado ejercicio de la potestad de control difuso que detentan todos los órganos jurisdiccionales y, por tanto, amerita que se impongan los correctivos necesarios, sin que ello suponga que la Sala esté interfiriendo en el análisis de mérito que corresponde realizar a la Sala Político-Administrativa dentro del juicio en el que tuvo lugar la sentencia acá estudiada (*cf.* SC N° 731/2006, caso: *Marlene Robles* y SC N° 990/2006, caso: *Telcel, C.A.*).

Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional conserva su plena potestad de juzgamiento en torno a la causa particular sometida a su estudio, no obstante que -indefectiblemente- en atención a la doctrina que recoge este fallo, deba proceder a sentenciar nuevamente en relación con la petición cautelar planteada en aquella causa. Así se declara”.

Al efecto, se debe destacar que dicho criterio fue ratificado por esta Sala en sentencias Nros. 1596/2006 y 2412/2006; sin embargo en la última de éstas -2412/2006- la Sala aclaró la naturaleza de las medidas cautelares *ope legis* y su aplicación limitada dentro del ordenamiento jurídico a cierto tipo de sanciones -pecuniarias- previa constitución de una caución o fianza según la ley lo establezca. En este sentido, dispuso el referido fallo lo siguiente:

“En dichos supuestos, el legislador deja condicionada la protección cautelar a criterio del juez, por cuanto considera que el interés en el ejercicio de una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa presupone la verificación del cumplimiento de la existencia de un gravamen, aun más cuando el acto que ha de ser suspendido impone una sanción pecuniaria. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1590/2006).

En este sentido, debe destacarse la disposición contenida en el artículo 54 de la Ley para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, en la cual el legislador estimó que la simple constitución de una caución es requisito suficiente para proceder a la suspensión de la multa, sin embargo, esta Sala consideró que aunado a ello debe analizarse la ponderación de los intereses del mercado en cuanto a la suspensión o no de una determinada orden, interpretación contenida en sentencia de la Sala N° 1.260 del 11 de junio de 2002, caso: ‘*Victor Manuel Hernández y Víctor Rafael Hernández-Mendible*’.

En idénticos términos se aprecia que el supuesto contemplado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no responde a un desliz o a una actuación arbitraria y caprichosa concebida por el legislador buscando mermar los intereses de la Administración sino que, por el contrario, se pueden apreciar disposiciones en similares términos establecidas en diversos cuerpos normativos (*Vgr.* Artículo 94 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), los cuales tienen por objeto garantizar y asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y el derecho a la presunción de inocencia, establecidos en los artículos 26 y 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por encontrarse éste en una situación de desigualdad procesal (*vgr.* Antejudio administrativo, prerrogativas procesales) con respecto a la Administración. En dichos casos, la suspensión automática de los efectos en cuestión como en el ámbito de las telecomunicaciones, versa sobre sanciones económicas o multas diferenciándolos de las órdenes de comportamientos de hacer, no hacer o dar, los cuales requieren de un análisis de la existencia de la presunción de buen derecho o los perjuicios irreparables que se puedan causar con su ejecución, por cuanto dichos actos contienen mandatos efectivos ordenados en pro del mantenimiento de un orden colectivo, el cual pudiera encontrarse afectado por la no ejecución de un acto determinado.

En atención a ello, debemos diferenciar dichos supuestos en aras de garantizar una efectiva seguridad jurídica y no tergiversar ni infundir en una confusión perenne a los justiciables los cuales se encuentran en la diatriba procesal no sólo de acudir a los órganos de administración de justicia, sino igualmente soportar los inconvenientes económicos y procesales que ocasiona acudir a un proceso judicial.

...*omissis*...

En tal sentido, debemos partir de la naturaleza de la sanción impuesta, para determinar en primer lugar si con la suspensión automática y consecuentemente la omisión de análisis de los requisitos predichos se ocasiona algún perjuicio a los terceros y, en segundo lugar, qué derechos constitucionales resultan vulnerados como consecuencia de dicha suspensión.

Así se aprecia, que la relación existente entre la sanción y la multa es una relación de continente-contenido, por cuanto es esta última -multa- un tipo de sanción afectiva de índole pecuniaria que se le impone a un administrado por la realización de una actividad prohibida por el legislador.

...*omissis*...

En atención a ello, esta Sala aprecia que la Sala Político Administrativa debió efectuar una diferenciación precisa en cuanto al tipo de sanción aplicada que puede ser objeto de la suspensión automática de los efectos del acto, por cuanto el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se circunscribe única y exclusivamente a las multas y no a las demás sanciones que pueda imponer la Administración, como pudiera ser el cese de la transmisión de ciertos programas televisivos o el cese del cobro del concepto de larga distancia nacional (LDN) a los usuarios. (*Vid.* Sentencias de esta Sala Nros. 1590/2006 y 1596/2006).

Es en estos últimos supuestos que debe el órgano jurisdiccional analizar, en primer lugar, los típicos requisitos de procedencia de las medidas cautelares -*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- en virtud de que tales actos en caso de ser suspendidos, debe ser con fundamento en una relación de los mismos y, en segundo lugar, ponderar los intereses de los efectos ocasionales que produciría la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que ello podría generar ciertos daños al colectivo, puesto que los medios de telecomunicaciones tienen un amplio espectro y alcance de difusión dentro de la sociedad (...)” (Subrayado del presente fallo).

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, reza textualmente:

“Artículo 54. Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo 38”.

En consecuencia, del contenido de la referida disposición y como bien se expuso en el mencionado fallo, la suspensión *ope legis* establecida en aquel caso en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, en el presente caso, en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, sólo opera previa constitución ante el Tribunal competente de la caución o fianza, sobre sanciones pecuniarias, es decir, multas, en consecuencia, se excluyen de dicha tutela las órdenes de hacer, no hacer o de dar que puede imponer la Administración sancionadora como mecanismo de protección de los intereses del mercado.

Es en estos últimos supuestos, como expresamente lo expuso la sentencia de esta Sala N° 2412/2006, complementando el criterio establecido en el fallo N° 1590/2006, en el cual fundamenta su desconocimiento como motivo de revisión constitucional, que se aclara de manera más explícita que el juez competente debe analizar los requisitos de procedencia de las medidas cautelares para poder acordar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, previa constatación de la afectación de los intereses del mercado o los intereses de los terceros involucrados, que en la materia de libre competencia se circunscribe a los competidores del mercado -competencia vertical u horizontal-.

En este sentido, se aprecia que la actuación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia se encuadra en la típica consecución de una competencia de policía administrativa en el área económica, la cual de conformidad con la ley, tendrá atribuida la posibilidad de imponer sanciones por el quebrantamiento de la normativa especial que rige su ámbito de actuación, esta es, la contenida en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. En consecuencia, se advierte que dicha función, no sólo se justifica por la evidente garantía que significa para el particular imputado, sino también, por la necesidad que comporta -por el objeto tutelado para el Estado: el mercado y los consumidores- que se provee sobre las imputaciones (denuncia) que formule cualquier otro competidor dentro de un mercado relevante, y cuyas motivaciones sean, precisamente, la de cuestionar los modos de proceder del competidor y las afectaciones y daños que padezca por los primeros.

Así se aprecia, que la mencionada Superintendencia tiene por objeto la protección de una relación piramidal, que abarca no sólo a la actividad de los distintos competidores del mercado, sino que adicional a ello tiene un efecto consecuencial que es la protección del consumidor que se pudiere ver afectado por la realización de prácticas anticompetitivas en forma indirecta; sin embargo, su actuación no se agota en ese escenario de situaciones, sino que su función primordial es la protección del mercado, el cual se ve representado en el interés general.

En este sentido, el derecho de la competencia ha evolucionado de la protección de intereses particulares a la protección del interés del mercado, en virtud de la consagración del Estado Venezolano como un Estado Social y de Derecho y que más específicamente, tiene su tutela jurídica en la protección del mercado y aseguramiento de la libre competencia, establecida en el artículo 299 del Texto Constitucional.

En el marco de ese objetivo, la cláusula general no se limita a realizar exclusivamente la tradicional función que hasta entonces venía desempeñando (protección de los competidores), sino que además realiza una función preventiva respecto de determinadas conductas de mercado, en este sentido, la Administración desempeña una función instrumental respecto del derecho protector de la libre competencia.

En este escenario, es que el órgano sancionador -la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia- en cumplimiento de tan excelsa función, es que puede imponer a los particulares determinados comportamientos que abarquen un ámbito de irradiación mayor a la simple imposición de una sanción pecuniaria, como son los establecidos en el artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y es en función de éstos que la Sala Constitucional en sentencia N° 1260/2002, dispuso lo siguiente:

“...Justamente, como fuera advertido en párrafos precedentes, la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar a particulares diferentes del accionante en el juicio contencioso admi-

nistrativo de nulidad, más aún atendiendo a la realidad de que los procesos sancionatorios llevados a cabo por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pudiesen ser enmarcados dentro del concepto de los procedimientos ‘cuasijurisdiccionales’.

En estos términos, debe esta Sala hacer notar el hecho de que la aplicación de la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar de manera grave tanto al mercado y en consecuencia a los consumidores, como a aquellos agentes económicos contra los cuales hubiese operado de hecho la conducta prohibida desplegada por el particular sancionado, de manera tal que en una interpretación constitucionalizante, estima esta Sala que el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la nulidad de los actos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deberá tener en cuenta, en cada caso concreto, a los efectos de acordar la suspensión de efectos según lo establecido en el tantas veces aludido artículo 54, la afectación que tal suspensión tendría sobre los intereses generales o terceros definidos. Así pues, la amplia potestad cautelar que le es propia a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, permite que éstos reduzcan el monto de la caución ‘propuesta referencialmente’ por la Administración, cuando consideren que ésta se haya excedido en tal fijación; pero, asimismo, deben rechazar la caución y la consecuente suspensión de la ejecución del acto impugnado, en el exclusivo caso de que sea evidente que tal medida afectará intereses generales o de terceros definidos.

Precisado lo anterior se concluye que la fórmula derivada del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 38 *eiusdem*, representa una modalidad legal de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos en vía judicial que no sólo está acorde con las necesidades de una efectiva tutela cautelar sino que a la vez la hace más efectiva y expedita. Por todas las consideraciones antes expuestas esta Sala observa que el artículo 38 Parágrafo Segundo y el artículo 54 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, interpretados en los términos expuestos en el presente fallo no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 de la Constitución de 1999, así como tampoco representan una vulneración del principio de separación de poderes previsto en nuestro ordenamiento constitucional. Así se declara”.

Así pues, la Sala en su oportunidad estableció que debía el juez en cada caso concreto determinar los efectos de la incidencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en el mercado o en el sujeto pasivo de la conducta prohibida, lo cual como antecedente histórico, previo a la creación de esta Sala y anterior a la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, había expuesto la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 5 de mayo de 1997, recaída en el caso: “Coca Cola - Pepsi Cola”, en la cual se afirmó que no siempre las Resoluciones de la Superintendencia afectan únicamente a ciertos particulares; sino que, como sin duda ha ocurrido en el caso sub examine, afectan los derechos e intereses de partes contrapuestas, por lo que la suspensión automática en ciertos casos podía ocasionar violaciones al derecho a la defensa de la contraparte, el cual no sólo cuenta con el pronunciamiento preliminar del órgano administrativo sino que éste último es el encargado de velar por el mantenimiento de las condiciones propicias para una libre competencia.

No obstante ello, esta Sala con ocasión de la interpretación del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, quiso evitar una práctica perniciosa ejercida por los particulares y en ciertas ocasiones acordadas por los tribunales competentes para conocer de la suspensión de los efectos del acto impugnado de manera íntegra, sin apreciar si la resolución en cuestión ordenaba determinados comportamientos a los sujetos infractores en beneficio del mercado.

En efecto, se aprecia que conforme a lo expuesto en los fallos Nros. 1590/2006, 1596/2006 y 2412/2006, es necesario que esta Sala reitere el adecuado contenido interpretativo del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en el sentido de que si la Resolución impugnada sólo tiene como mandamiento el establecimiento de una multa, podrá el Tribunal acordar la suspensión de los efectos del acto sin necesidad de entrar a valorar ninguno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en materia de derecho de la competencia (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses), si el particular previa solicitud de suspensión de efectos, consigna el monto de la caución o fianza. Sin embargo, si la Resolución impugnada contiene algún mandamiento o comportamiento, sin importar los efectos de irradiación de la misma, el juez contencioso deberá proceder a analizar de manera minuciosa y motivada los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, aun cuando el particular haya consignado la caución o fianza, por cuanto es en estos supuestos cuando los intereses del mercado o los competidores pudieran resultar lesionados en la esfera de sus derechos y/o garantías constitucionales.

Lo que no obsta, para que si en un caso concreto el órgano administrativo sancionador haya impuesto simultáneamente el cese de un comportamiento ilícito por parte de la empresa sancionada o el establecimiento de un mandato y adicionalmente la imposición de una multa, pueda el órgano jurisdiccional competente acordar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada en cuanto a la multa, siempre y cuando la parte afectada haya consignado previamente la caución o fianza correspondiente, dejando en consecuencia vigentes los efectos del determinado mandamiento o comportamiento impuesto por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, salvo que el referido Tribunal acuerde igualmente la procedencia de la suspensión de los efectos de tales órdenes previa constatación de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Un ejemplo de ello, lo constituye las decisiones dictadas por la Sala Político Administrativa en cumplimiento de los fallos Nros. 1590/2006, 1596/2006 y 2412/2006 dictados por esta Sala, mediante los cuales se analizó la constitucionalidad con ocasión del examen abstracto de la constitucionalidad de la desaplicación por control difuso efectuada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido, interesa destacar sentencia de la Sala Político Administrativa N° 920/2007, en la cual suspendió *ope legis* la multa impuesta y dejó vigente el mandamiento ordenado al justiciable que estableció “(...) la eliminación del concepto ‘Larga Distancia Nacional’ dentro de la instalación, operación, prestación y explotación del servicio de telefonía móvil (...)”. Al efecto, expuso la referida Sala lo siguiente:

“Por último, en relación a que el recurso contencioso administrativo sea incoado contra una multa impuesta por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, se evidencia del expediente que, efectivamente, el recurso en cuestión fue ejercido contra la referida providencia que resolvió sancionar a la empresa accionante ‘...de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con multa impuesta de Veinticinco Mil Unidades Tributarias (25.000 U.T.)...’. En consecuencia, también está cumplido el tercer supuesto contemplado en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Así se declara.

En virtud de las consideraciones anteriormente expresadas, esta Sala debe declarar procedente la medida de suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa N° PADS-451 del 2 de junio de 2004, dictada por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, solicitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sólo respecto de la multa impuesta”. (*Vid.* En igual sentido, sentencia de la Sala Político Administrativa N° 381/2007).

En resumen, esta Sala reafirma que debe interpretarse que el requisito de la ponderación de interés debe aplicarse sólo cuando la Administración sancionadora haya impuesto órdenes de hacer, dar o no hacer, en virtud de que son tales actos los que inciden directamente en la protección de los intereses del mercado.

En consecuencia, se aprecia que la Sala Político Administrativa contrarió el criterio establecido por esta Sala en los fallos N° 1590/2006 y 1596/2006, en cuanto a la suspensión de los efectos *ope legis* de los actos administrativos que impongan sanciones económicas, siempre y cuando la ley establezca tal posibilidad y previa constitución de la caución correspondiente, ello por vulnerar el principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 49.2 del Texto Constitucional y, por no generar la suspensión de las sanciones económicas, mientras se decide el fondo de la causa, efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos -terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautelares (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1260/2002).

Conforme a lo expuesto, debe esta Sala declarar ha lugar la revisión constitucional y, en consecuencia, anularse el fallo N° 2.569 dictado el 15 de noviembre de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, y en consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia revisada.

Finalmente, aprecia esta Sala que en aras de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva de las partes y, en atención a la potestad atribuida a esta Sala Constitucional, en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tratándose el presente caso de mero derecho y el no requerimiento de actividad probatoria alguna, se declara con lugar la apelación ejercida contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la referida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002, lo que es equivalente a la cantidad de ochocientos seis millones novecientos diez mil bolívares (Bs. 806.910.000,00), actualmente ochocientos seis mil novecientos diez bolívares fuertes (Bs. 806.910,00). En tal sentido, se anula la sentencia dictada por la referida Corte Primera y en consecuencia, se ordena emitir un nuevo pronunciamiento a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, sobre la medida cautelar solicitada, previa constatación de las condiciones para declarar la medida cautelar solicitada conforme al criterio expuesto en el presente fallo Así se decide.

*Voto Concurrente de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado*

Quien suscribe, Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, presenta el voto concurrente que sigue, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto del fallo que antecede, en el cual la mayoría sentenciadora de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declaró HA LUGAR la solicitud de revisión efectuada por los abogados José Valentín González, José Humberto Farías y Álvaro Guerrero Hardy, actuando en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil CEMEX DE VENEZUELA, S.A.C.A., anteriormente denominada Corporación

Venezolana de Cementos S.A.C.A. anuló la decisión N° 2.569 del 15 de noviembre de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y ordenó a dicha Sala se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el fallo, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

La solicitud de revisión fue interpuesta contra el fallo N° 2.569 del 15 de noviembre de 2006, dictado por la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03 dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la aludida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002.

En tal sentido, el fallo del que se concurre declaró “HA LUGAR la revisión constitucional interpuesta por los abogados José Valentín González, José Humberto Farías y Álvaro Guerrero Hardy, (...) actuando en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil CEMEX DE VENEZUELA, S.A.C.A.; Se declara la NULIDAD de la sentencia revisada y; Se ORDENA a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el presente fallo”.

Se observa en la sentencia emitida por esta Sala, que la Sala Político Administrativa declaró la improcedencia de la aplicación del criterio establecido en el fallo dictado por esta Sala Constitucional N° 1590/2006, con el fundamento de que el mismo se circunscribe a la materia de telecomunicaciones, señalándose que difiere en su contenido de la materia de libre competencia; asimismo, fundamentó su negativa en la sentencia dictada por esta Sala N° 1260/2002, en la cual se interpretó el contenido del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Así, la sentencia señala que “la Sala Político Administrativa contrarió el criterio establecido por esta Sala en el fallo N° 2412/2006, en cuanto a la suspensión de los efectos ope legis de los actos administrativos, que impongan sanciones económicas, siempre y cuando la ley establezca tal posibilidad y previa constitución de la caución correspondiente, ello por vulnerar el principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 49.2 del Texto Constitucional y, por no generar la suspensión de las sanciones económicas, mientras se decide el fondo de la causa, efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos –terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautelares”.

En tal sentido, considera quien concurre que, la Sala no se pronunció sobre la falta de impulso procesal del solicitante del recurso de revisión, que se evidencia de la ausencia de diligencias y solicitudes de proveimiento por parte de los apoderados de la empresa, siendo que la última diligencia fue del 06 de mayo de 2009, mediante la que se solicitó el respectivo pronunciamiento en la causa.

Del mismo modo, el acto de juzgamiento que resuelve el recurso de revisión dictamina que la Sala Político Administrativa en su fallo, contrarió el criterio establecido anteriormente por esta Sala “...por vulnerar el principio de presunción de inocencia...” y porque la suspensión de los efectos del acto administrativo que impuso la multa, no genera “...efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos –terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautela-

res”. Al respecto, en efecto se concuerda con la decisión de que ha sido contrariado el criterio sentado por esta Sala en su sentencia N° 2412/2006; no obstante, el hecho de la no suspensión reglada de los efectos de un acto administrativo emitido en ejercicio de la potestad sancionatoria que le acuerde la ley a un órgano público, no implicaría de suyo que no ha sido observado el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, debe tenerse presente que la garantía al debido proceso, la presunción de inocencia y el resto de los derechos que enuncia el precitado artículo 49 ejusdem, serán observados tanto en sede judicial como en los procedimientos que tengan lugar en sede administrativa, de conformidad con las leyes y actos de rango sublegal que fueran aplicables.

Ahora bien, respecto de la aseveración expresada en la Sentencia de la Sala, sobre la evolución del derecho de la competencia “...de la protección de intereses particulares a la protección del interés del mercado” y del análisis referido a los “efectos perturbadores del mercado”, que debe valorar el juzgador contencioso administrativo, es menester apuntar algunas nociones que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco del Estado social y democrático de derecho y de justicia en que se constituye la República.

Efectivamente, la evolución del derecho de la competencia ha trascendido para honrar precisamente los postulados constitucionales según los cuales, el Estado debe adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios en igualdad de condiciones, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas para garantizar el abastecimiento de los bienes necesarios para la población. Así, es responsabilidad del Estado la prevención, control y sanción de todo ilícito económico y de modo esencial, tal como lo señala el artículo 114 Constitucional, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, los cuales se encuentran tipificados en los instrumentos legales respectivos. De esta manera, la Carta Magna señala la orientación del modelo productivo y económico de la República Bolivariana de Venezuela, el cual responde precisamente a las necesidades humanas, teniendo el Estado como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, en el marco de un modelo económico y social que privilegie los intereses de la población y no los del capital.

Bajo tales orientaciones se dispone el contexto que sirve para la ponderación de aquellos eventuales efectos perturbadores que pudieran derivarse para el mercado, al momento de acordar cautelarmente la suspensión de los efectos de una sanción pecuniaria impuesta por un órgano en el ejercicio de una expresión de la actividad de policía administrativa, a tenor de los supuestos que contempla la ley aplicable y el criterio que ha sostenido esta Sala Constitucional y otros órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. En ese sentido, siempre deberá ponderarse el interés general cuya tutela corresponde al Estado, a la luz de las orientaciones humanistas de la regulación económica antes apuntadas –extraídas de nuestra Constitución Económica-, frente al interés de una o varias personas jurídicas que han sido objeto de una medida sancionatoria respecto de la cual tienen todos los medios de defensa e impugnación que consagra el ordenamiento jurídico aplicable.

Queda así expresado voto concurrente anunciado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

C. *Perención*

TSJ-SC (263)

9-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Raimo José Mendoza (Revisión de Sentencia)

**De conformidad con lo previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, es a partir del momento en que el Juez emite el pronunciamiento sobre la perención, cuando comienza a transcurrir el lapso para que la parte demandante vuelva a interponer la demanda, que nada tiene que ver con el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación**

El artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé un mecanismo extraordinario de tutela constitucional, mediante el cual esta Sala tiene la tarea de “revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”, en su condición de máximo intérprete del Texto Fundamental (artículo 335 *eiusdem*).

Tal potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes abarca tanto fallos que hayan sido dictados por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25, cardinal 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como los que pronuncien los demás Tribunales de la República (artículo 25, cardinal 10 *eiusdem*), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso se solicitó la revisión constitucional de la decisión emitida el 11 de julio de 2011 por la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal, razón por la cual esta Sala asume la competencia para conocer de dicha solicitud, de conformidad con lo previsto en el cardinal 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Establecida la competencia, esta Sala observa que el argumento fundamental del solicitante es que la sentencia núm. 000299/2011 del 11 de julio de 2011, emitida por la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal con ocasión del recurso de casación que ejerció contra el fallo del 25 de enero de 2011, dictado por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró sin lugar el referido recurso, contrarió el criterio vinculante de esta Sala establecido en la decisión núm. 956/2001 del 1 de junio, caso: *Frank Valero González y otros*, lo cual vulneró sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva al disponer que el lapso para interponer nuevamente una demanda, luego de haberse verificado la perención que prevé el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, transcurre a partir de que la sentencia mero declarativa de la perención quede definitivamente firme.

Al respecto, debe señalarse que el fallo de esta Sala (Véase Sentencia N°956 de 1 -6-2001, caso: “Fran Valero González” en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 304 ss).

..Ahora bien, en la sentencia objeto de revisión se aprecia que la Sala de Casación Civil declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto por el hoy solicitante, atendiendo los

precedentes jurisprudenciales de las sentencias que la misma ha emitido en cuanto a la interpretación del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, señalando expresamente que “en la exégesis de la previsión contenida en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, además de perseguir la extinción del proceso, está destinada a servir de prevención y estímulo a los litigantes para reactivar el proceso a tiempo y no dejar caducarlo, y en consecuencia, si la demanda fuese propuesta anticipadamente, antes de vencer los noventa (90) días de prohibición temporal, el juez puede de oficio declararla inadmisibile, y siendo que dicha norma persigue sancionar al litigante negligente, el contar los noventa (90) días a partir del momento en que se efectúa, opera, o se consuma la perención, impediría la finalidad práctica de la sanción prevista en la norma; por lo que, al vocablo verificar se le debe asignar el sentido propio de la palabra probar, constatar o declarar, y en consecuencia, los noventa (90) días de inadmisibilidad temporal de la pretensión deben dejarse transcurrir a partir de la firmeza del fallo que declare la perención” (destacado del escrito).

En el análisis del caso sub iudice resulta pertinente traer a colación las disposiciones de los artículos 269, 270 y 271 del Código de Procedimiento Civil, que establecen lo siguiente:

“Artículo 269. La perención se verifica de derecho y no es renunciabile por las partes. Puede declararse de oficio por el Tribunal y la sentencia que la declare, en cualquiera de los casos del artículo 267, es apelable libremente”.

“Artículo 270. La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos; solamente extingue el proceso (...)”.

“Artículo 271. En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención”.

De los artículos transcritos resaltan los siguientes aspectos:

1. Que la perención se verifica de derecho; por tanto, puede declararse de oficio;
2. Que la perención no es renunciabile por las partes;
3. Que la decisión que declare la perención puede ser apelada;
4. Que su declaratoria no impide que se vuelva a proponer la demanda –la cual podrá interponerse luego de que transcurran noventa días después de que se haya verificado- ni extingue los efectos de las decisiones dictadas; tal como lo afirmó el fallo núm. 956/2001, transcrito supra;
5. Que la perención solo extingue el proceso.

Así pues, por una parte se advierte que es imperativo que el Tribunal notifique de la decisión que declaró la perención a las partes, en cualquiera de los supuestos que prevé el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de garantizar su derecho a la defensa; y solo a partir de que ocurra la misma comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación correspondiente.

Por otra parte, es preciso indicar el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso de noventa (90) días para volver a proponer la demanda, luego de haberse declarado la perención; ya que pareciera que la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal realizó una interpretación matizada del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, pues conforme lo señala la misma pareciera que tal lapso se cuenta a partir de la firmeza del fallo mero declarativo de perención. Sin embargo, si se entiende de tal manera se estaría prolongando un lapso que no prevé el dispositivo legal, que a la letra dispone que este comenzará a contarse “después de verificada la perención”.

Según la Real Academia Española, el vocablo “verificar” alude a “comprobar o examinar la verdad de algo” y conforme a la norma citada, en el caso de la perención, el Juez realiza esta acción al momento de comprobar que la misma ocurrió, bien sea de oficio o a petición de parte. Por tanto, a la letra de lo previsto en el citado artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, es a partir del momento en que el Juez realiza tal acción y emite el pronunciamiento correspondiente, cuando comienza a transcurrir el lapso para que la parte demandante vuelva a interponer la demanda, que nada tiene que ver con el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación.

Esta Sala debe advertir que la interpretación analógica que realizó la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal del artículo 1.982 del Código Civil a la perención no es congruente, puesto que el aludido dispositivo legal está referido a las prescripciones breves y en nada se asemeja a la caducidad de la acción, aunado a que esta última figura tiene su propia prescripción legal.

Así las cosas, esta Sala estima que el fallo bajo examen efectivamente infringió los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva del hoy solicitante, al declarar sin lugar el recurso de casación por él interpuesto contra el fallo del 25 de enero de 2011, expedido por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró con lugar la cuestión previa referente a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta y extinguido el proceso, en el marco del juicio por daños morales y materiales intentado por el solicitante. Por tanto, se declara que ha lugar la revisión de la sentencia N° 000299/2011 del 11 de julio de 2011, dictada por la referida la Sala. Así se decide.

En consecuencia, se anula el fallo N° 000299/2011 del 11 de julio de 2011 dictado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y se le ordena que una vez constituida la Sala accidental dicte nuevo fallo con sujeción a la doctrina establecida en la presente sentencia. Así se decide.

Finalmente, dado que el criterio expuesto en la presente decisión resulta relevante, esta Sala ordena su publicación en Gaceta Judicial. Así se decide.

### 3. *El Contencioso Administrativo por Abstención*

**TSJ-SPA (249)**

**21-3-2012**

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA)

**La Sala considera que el Ministerio de Relaciones Exteriores no estaba obligado a dar respuesta a una solicitud de información**

Siendo la oportunidad correspondiente para decidir el recurso por abstención o carencia interpuesto por la representación judicial de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), contra la presunta omisión del Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores en dar respuesta a su solicitud de información acerca del trámite llevado por ese Despacho para la “definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se observa lo siguiente:

Cursa a los folios 21 al 23 del expediente Comunicación de fecha 12 de julio de 2010, suscrita por el ciudadano Antonio Puppio, actuando como Coordinador (Programa de Exigibilidad en DESC PROVEA), dirigida al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, recibida en esa misma fecha, mediante la cual expresó lo siguiente:

“...Solicitamos información acerca del trámite que lleva el Despacho a su digno cargo para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Exhortamos, al mismo tiempo, si fuere el caso para que se agilicen todas las gestiones necesarias para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Solicitamos una reunión ante su Despacho o la persona que a bien designe para conversar sobre los avances, necesidad y beneficios que significaría para los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela la vigencia del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Como puede observarse, el mencionado Coordinador de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), se dirigió al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los fines de solicitar información en relación con el trámite llevado por ese Despacho para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, solicitud frente a la que -a su decir- no obtuvo respuesta alguna.

Al respecto, dado que ya esta Sala mediante sentencia N° 01092 de fecha 9 de agosto de 2011, publicada el 10 de ese mismo mes y año, emitió pronunciamiento en lo atinente a la celebración y entrada en vigencia de los tratados internacionales, se considera necesario referir dicho pronunciamiento, el cual es del tenor siguiente:

“...considera la Sala necesario traer a colación lo dispuesto en la Convención de Viena, específicamente, su Parte II, referida a la ‘Celebración y entrada en vigor de los tratados’, Sección Primera, ‘Celebración de los Tratados’, punto N° 11, en la cual se prevé lo siguiente:

‘11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido’. (Resaltado del texto).

Asimismo, los puntos Nros. 14 y 16, de la mencionada Sección Primera, disponen lo que a continuación se transcribe:

4. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

(...*omissis*...)

16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

(...*omissis*...)

b) su depósito en poder del depositario; (...). (Resaltado del texto).

Tales disposiciones contemplan de manera general las formas en las que un Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado internacional, entre ellas se encuentran: la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión; estableciendo los supuestos que deben darse para cada una de estas formas de consentimiento.

Así, dispone dicha Convención que cuando se manifiesta el consentimiento mediante la ratificación, aceptación o aprobación, tal circunstancia debe contemplarla el texto del tratado, y se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento de ratificación [o de adhesión] ante el organismo correspondiente”. (Negrillas de la cita).

De modo que, de conformidad con lo dispuesto en el fallo parcialmente citado, atendiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, consentimiento que se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento ante el organismo correspondiente. En el caso bajo estudio, se observa que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

“Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.
4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas” (Destacado de la cita)

Como puede apreciarse, el referido Protocolo Facultativo quedó sujeto a la ratificación o adhesión de cualquier Estado que hubiere firmado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarían en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Ahora bien, para el momento en que se interpuso el recurso por abstención bajo análisis -9 de noviembre de 2010- Venezuela aún no había suscrito el aludido Protocolo Facultativo adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, lo cual se llevó a cabo recientemente 4/2011.

En ese contexto, debe la Sala referir nuevamente su fallo N° 01092 de fecha 9 de agosto de 2011, en el que analizó el procedimiento para la formación de los tratados en la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, en el caso de autos, la parte actora solicita información sobre el trámite para la “ratificación del Protocolo Facultativo”. Así, se estableció en esa decisión que:

“...por lo que al procedimiento respecta, la doctrina patria ha indicado que éste comprende ‘varias etapas que exigen la intervención de voluntades correspondientes a órganos estatales diferentes y que culmina cada una con un acto jurídico determinado’. Dichas etapas son las siguientes: ‘Celebración o adhesión’; ‘Aprobación’ que incluye: ‘Discusión, Sanción, Promulgación y Publicación’; ‘Exequibilidad, Ratificación, Canje o Depósito’.

Con relación a la aprobación -segunda etapa en la formación de los tratados-, la doctrina la define como 'aprobación legislativa' la cual a su vez consta de varios pasos -tal como se señaló con anterioridad- que comienzan con la presentación del proyecto del tratado ante la Asamblea Nacional y culminan con la publicación de una ley formal denominada 'Ley Especial Aprobatoria del Tratado Internacional', de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En lo que concierne a 'la naturaleza jurídica de la Ley Aprobatoria', se ha sostenido que dicho instrumento jurídico no puede entenderse como un acto de aprobación del tratado, sino como una autorización del Parlamento que habilita al Presidente de la República para ratificar el mismo.

En lo que atañe a la ratificación, esta ha sido concebida por la doctrina venezolana como el acto jurídico por el cual el Primer Mandatario Nacional actuando no como Jefe del Ejecutivo, sino como Jefe de Estado, hace efectivo, en la esfera internacional, el consentimiento del Estado de asumir como sujeto de Derecho Internacional Público, las obligaciones y derechos que constituyen el contenido del proyecto del tratado.

Aclara igualmente la doctrina que 'la ratificación del tratado es un acto diferente de la promulgación de la ley aprobatoria, que es el acto jurídico mediante el cual el Presidente de la República, actuando como Jefe del Ejecutivo concurre a la formación de la ley aprobatoria del tratado'.

Finalmente, se entiende por canje o depósito, 'el acto jurídico mediante el cual se lleva a conocimiento de él o de los demás sujetos del Derecho Internacional Público, signatario del tratado, la voluntad de obligarse del Estado'.

Aplicando los postulados antes expuestos, cabe precisar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 236, al hacer mención a las atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República, dispone lo siguiente:

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

4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.'

En este mismo contexto, los artículos 154 y 217 de la Carta Magna prevén que:

'Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.'

'Artículo 217. La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.'

De las normas transcritas, se desprende que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva de manera exclusiva en el Presidente de la República, la dirección de las relaciones internacionales, así como también la celebración y ratificación de los tratados, acuerdos o convenios internacionales; funciones éstas que ejerce de manera discrecional y de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República para la realización de tales actos. Igualmente, de las disposiciones constitucionales ya referidas se evidencia, que antes del acto de ratificación de un tratado o convenio internacional por parte del Primer

Mandatario Nacional, el Poder Legislativo deberá aprobar dicho Instrumento Internacional, mediante la publicación en la *Gaceta Oficial* de la Ley Aprobatoria del tratado o convenio, la cual contendrá el texto íntegro del mismo” (Negrillas de la cita).

Conforme con la sentencia antes citada, la formación de un tratado internacional constituye un acto complejo conformado por la celebración o suscripción del acuerdo, aprobación - que incluye la discusión, sanción, promulgación y publicación de la Ley Aprobatoria del Tratado por la Asamblea Nacional- y la ratificación, canje o depósito como manifestación de la voluntad del Estado en obligarse, frente a los demás sujetos del Derecho Internacional Público.

Igualmente, se desprende de la decisión supra citada, tomando en consideración los artículos 154, 217 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

De manera que, en el caso de autos, dado que apenas en fecha 4 de octubre de 2011, fue suscrito por la República Bolivariana de Venezuela el aludido Protocolo Facultativo, sin que para el momento en que se emite el presente fallo se hubiere publicado la Ley Aprobatoria, y menos aún, el Presidente de la República haya manifestado su intención de ratificar o adherirse al mencionado acuerdo, resulta por tanto inexigible la obligación del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de realizar el respectivo trámite de ratificación o adhesión en cuestión, previsto en el Reglamento Orgánico de ese Órgano, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.245 de fecha 19 de agosto de 2009, que dispone:

“Artículo 8°. Corresponde a la Consultoría Jurídica:

(...*omissis*...)

7. Elaborar documentos y ejecutar procedimientos necesarios para la ratificación, adhesión, reserva, prórroga, depósito, ejecución, entrada en vigor, denuncia y terminación de tratados, convenios, protocolos, declaraciones, actas, acuerdos y demás instrumentos internacionales.”

Siendo ello así, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores –para la presente fecha- no está obligado a dar respuesta sobre lo peticionado por la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), tal como, acertadamente lo sostuvieron tanto la representación de la República como del Ministerio Público. En consecuencia, se declara sin lugar el recurso por abstención o carencia ejercido. Así se decide.

#### 4. *El Contencioso Administrativo Especial*

##### A. *El Contencioso Administrativo Agrario: Garantía de permanencia agraria*

**TSJ-SC (1)**

**3-2-2012**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Francisco Moreno Pérez vs. Decisión Juzgado Superior Quinto Agrario Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental.

**La garantía de permanencia agraria es una institución jurídica del derecho agrario venezolano, concebida en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario como una protección a la tenencia de la tierra, cuyo fin primordial es garantizarle a los productores agrarios la continuidad en la posesión de la tierra que ocupan con fines productivos, constituyéndose en una garantía especial que impide ser perturbados o desalojados, evitando así la interrupción su actividad productiva lo cual favorece a la producción agroalimentaria de la Nación.**

En primer término, resulta necesario determinar la naturaleza del amparo incoado, que no es otra que el denominado “amparo contra decisión judicial”, estipulada en el artículo 4 de la Ley Orgánica Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En ese sentido, esta Sala Constitucional en sentencias dictadas el 27 de julio de 2000 (caso: “*Segucorp*”), el 4 de abril de 2001 (caso: “*Cilo Antonio Anual Morales*”), y el 3 de mayo de 2004 (caso: “*Italian Furniture, C.A.*”) ha reiterado:

“(…) en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede revisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la constitución (…)”

En concordancia con las precedentes decisiones, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente esta Sala constató, que el Juzgado Superior Quinto Agrario Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental, efectivamente omitió pronunciarse en la sentencia recurrida con respecto al acto de apertura de la garantía de permanencia emitido por el Instituto Nacional de Tierras a favor del presunto agraviado ciudadano Pedro Francisco Moreno Pérez, así como de los efectos procesales derivados del mismo, lo cual evidentemente nos coloca en presencia de un error de juzgamiento del juez, siendo necesario determinar si tal infracción constituye una violación directa a las garantías supremas del debido proceso y el derecho a la defensa que correspondían al hoy quejoso, para determinar así la procedencia o no del presente amparo constitucional.

Así las cosas, la garantía de permanencia agraria es una institución jurídica del derecho agrario venezolano, concebida en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario como una protección a la tenencia de la tierra, cuyo fin primordial es garantizarle a los productores agrarios la continuidad en la posesión de la tierra que ocupan con fines productivos, constituyéndose en una garantía especial que impide ser perturbados o desalojados, evitando así la interrupción su actividad productiva lo cual favorece a la producción agroalimentaria de la Nación.

Dicha garantía la encontramos consagrada en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que establece en su párrafo tercero lo siguiente:

“Artículo 17.- Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agrícola que permita alcanzar la soberanía alimentaria, se garantiza: (...) Parágrafo Tercero: En cualquier estado y grado del proceso judicial de que se trate, puede consignarse el acto dictado por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), que dé inicio al procedimiento para la declaratoria de la garantía de permanencia, o el acto definitivo que la declara, debiendo el juez o jueza de la causa abstenerse de practicar cualquier medida de desalojo en contra de los sujetos beneficiarios de dicha garantía”. (...)

De la anterior norma parcialmente transcrita se observa, que el citado artículo 17 en su Parágrafo Tercero, establece que el acto que dé inicio a dicho procedimiento, o el acto defini-

tivo que la declare, puede consignarse en cualquier estado y grado del proceso judicial de que se trate, debiendo el juez o jueza de la causa abstenerse de practicar cualquier medida de desalojo en contra de los sujetos beneficiarios de dicha garantía hasta tanto el directorio del Instituto Nacional de Tierras se pronuncie o no sobre su procedencia. El auto de apertura del procedimiento de la garantía de permanencia sirve de base para dar inicio a un procedimiento administrativo formal, y no constituyen pronunciamientos definitivos de la Administración Pública Agraria a cargo del Instituto Nacional de Tierras, sino actuaciones de carácter instrumental, destinadas a alcanzar su fin.

En efecto, ese auto de apertura del derecho de permanencia constituye una especie más de los denominados actos de mero trámite o preparatorios, dictado por la administración agraria sobre las tierras determinadas en el artículo 2 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cuyo fin es garantizar provisionalmente, como su mismo nombre lo indica, la permanencia de los sujetos señalados en los numerales 1° al 4° del artículo 17 *eiusdem*, que trabajan de forma directa las tierras que ocupan, hasta tanto por órgano del Instituto Nacional de Tierras sea declarada, negada o revocada la misma. Sus antecedentes se retrotraen al llamado amparo agrario administrativo otorgado de manera provisional por la extinta Procuraduría Agraria Nacional y posteriormente confirmado o revocado por el también extinto Instituto Agrario Nacional, conforme a la derogada Ley de Reforma Agraria y a la ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en su Reglamento Parcial II, respectivamente.

En cuanto a sus efectos procesales, el acto de apertura de la garantía de permanencia agraria, resulta un mandato tutelar y protector susceptible de ser opuesto en todo estado y grado del proceso contra decisiones preventivas y ejecutivas provenientes de las distintas ramas y competencias del Poder Judicial, suspendiéndose así los desalojos hasta tanto el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, ente rector de las políticas de regularización de tenencia de la tierra tal como lo instituyen los artículos 115 y 117 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, se pronuncie o no sobre su declaratoria definitiva. En tal sentido, si se otorga la declaratoria de permanencia los ocupantes no podrán ser desalojados. En caso contrario, es decir, el acto que niegue la declaratoria de la garantía de permanencia agraria el procedimiento de desalojo a seguir se ejecutará conforme a lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En el caso de marras, esta Sala Constitucional concluye que efectivamente la omisión del Juzgado Superior Quinto Agrario Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas con competencia en lo contencioso administrativo de la Región Nor Oriental de pronunciarse con respecto al acto de apertura de la garantía de permanencia, desencadenó en la flagrante violación al debido proceso y derecho a la defensa del hoy quejoso, por lo que considera que la presente acción de amparo constitucional debe declararse con lugar, pues tal y como resulta evidente fueron obviadas las consecuencias procesales de la acreditación en autos del aludido acto de apertura consagrado en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, consecuencias estas que también fueron desconocidas por el Juzgado Ejecutor de Medidas de los Municipios Tucupita, Casacoima, Pedernales y Antonio Díaz de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro, que ejecutó el desalojo del hoy agraviado actuando a espaldas de la referida protección legal y de la Resolución de la Sala Plena N° 2006-00013 de fecha 22 de febrero de 2006 reseñada que impide las ejecuciones de sentencias agrarias a cargo de tribunales ejecutores de medidas, resultado en el deber de restituir inmediatamente en su posesión al ciudadano Pedro Francisco Moreno Pérez, para lo cual se instruye suficientemente al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Transito, Agrario, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro. Así se decide.

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos: Competencia*

TSJ-SC (362)

29-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal

### **La Sala analiza los elementos que determinan su competencia en materia de demandas de protección de intereses difusos y colectivos**

De manera preliminar debe delimitarse la competencia para conocer de la demanda incoada y, a tal efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece, en los artículos 25.21 y 146, que corresponde a esta Sala Constitucional el conocimiento de las demandas cuyo objeto tengan la protección de intereses difusos y colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, "...salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral".

De esta forma, el legislador estableció que el fuero de esta Sala para conocer de las demandas en las que se ventilen asuntos de difusividad y colectividad se encuentra determinado por los siguientes elementos: en primer lugar, un criterio objetivo, como es la naturaleza de la demanda, esto es, que verse sobre la tutela de intereses supra individuales; en segundo lugar, el ámbito territorial o geográfico de la afectación que produce la situación que se denuncia como lesiva, en cuanto a que esta tenga repercusión nacional; en tercer lugar, que una regulación especial no determine lo contrario, salvaguardando la libertad de configuración normativa del legislador respecto de materias cuya naturaleza exija un fuero especial; y, en cuarto lugar, que el asunto no verse sobre cuestiones sometidas al contencioso de los servicios públicos o electoral.

Ello así, en el presente caso, se alega la lesión del derecho a la vivienda por parte de la institución financiera demandada por la negativa de hacer los aportes destinados al sector. Tal situación, en principio, se ajusta a lo que esta Sala ha identificado como una situación de colectividad (*Vid.* sentencia dictada por esta Sala el 30 de junio de 2000, en el caso: "*Dilia Parra Guillén*"), esto es, una controversia que afecta a "...un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque [no] individualmente...", de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos. Verbigracia, grupos de trabajadores, profesionales o de vecinos, los gremios, los habitantes de un área determinada, etc.

Asimismo, la situación presuntamente lesiva tiene trascendencia nacional, ya que la potencial satisfacción de la demanda tendría efectos en todo el territorio de la República y sobre toda la población que tiene el derecho a la vivienda.

Al mismo tiempo, en el presente caso no se encuentra controvertido un asunto propio de los servicios públicos o del contencioso electoral.

Entonces, sobre la base de las consideraciones anteriores y visto que se configuran los supuestos atributivos de competencia que determinan la facultad de esta Sala para conocer de demandas de intereses colectivos con trascendencia nacional, esta Sala se declara competente para conocer y decidir la acción propuesta; así se declara.

TSJ-SC (362)

29-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal

**La Sala admite la legitimación de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, en una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.**

En el presente caso, la demanda de protección de intereses colectivos fue ejercida por la Procuraduría General de la República, en representación de la República Bolivariana de Venezuela, producto del incumplimiento de la demandada en enterar el porcentaje obligatorio de la cartera de crédito bruta anual destinada a créditos hipotecarios, afectando con tal proceder el derecho a la vivienda de los ciudadanos venezolanos.

Al respecto, la Sala ha expresado ya en varias decisiones que los derechos colectivos están referidos a un sector poblacional determinado -no cuantificado- pero sí identificable, de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos, por lo que, quien incoa la acción con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés.

En tal sentido, la acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 1.114 del 12 de noviembre de 2010).

Por otra parte, tratándose la Procuraduría General de la República de la representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, que se encuentran presuntamente afectados por el incumplimiento de una entidad bancaria con la cartera de crédito destinada a préstamos hipotecarios para vivienda; y constituyendo una obligación para el Estado la garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos (artículo 19 constitucional) y, en particular, la satisfacción progresiva del derecho social a la vivienda (artículo 82 *iusdem*), para lo cual es imprescindible el cumplimiento de la obligación compartida de la aludida satisfacción progresiva por parte de los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos; esta Sala asume la presente acción de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, como una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.

En consecuencia, esta Sala congruente con su propia doctrina, admite la legitimación de los accionantes y, vista la naturaleza de los intereses que subyacen en la presente demanda, esta Sala ordena la notificación de la Defensora del Pueblo. Así se decide.

*Voto Salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán*

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que admitió la demanda por derechos colectivos interpuesta por el entonces Procurador General de la República, Dr. Carlos Miguel Escarrá Malavé, la Gerente General de Litigios de dicho órgano y dos sustitutos del Procurador contra el Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal por el incumplimiento de la cartera crediticia destinada para créditos hipotecarios, establecida en el último párrafo del artículo 2 de la Resolución N° 104 del 19 de julio de 2011, dictada por el Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.716 de la misma fecha; pese al criterio reiterado de la Sala de que "...dentro de la estructura del Estado, el único organismo que de pleno derecho puede incoar tales acciones es la Defensoría del Pueblo, ya que representa al pueblo y no al Estado Venezolano..." (*Vid.* Sent. N° 1395/2000 de 21 de noviembre).

La decisión dictada por la mayoría sentenciadora no tiene un pronunciamiento expreso acerca de la legitimación del Procurador General de la República para incoar una demanda por derechos e intereses colectivos o difusos; se limitó a señalar que:

...la acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 1.114 del 12 de noviembre de 2010).

Por otra parte, tratándose la Procuraduría General de la República de la representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, que se encuentran presuntamente afectados por el incumplimiento de una entidad bancaria con la cartera de crédito destinada a préstamos hipotecarios para vivienda; y constituyendo una obligación para el Estado la garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos (artículo 19 constitucional) y, en particular, la satisfacción progresiva del derecho social a la vivienda (artículo 82 *eiusdem*), para lo cual es imprescindible el cumplimiento de la obligación compartida de la aludida satisfacción progresiva por parte de los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos; esta Sala asume la presente acción de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, como una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.

Respecto de los extractos citados, cabe señalar que conforme se advirtió la jurisprudencia de la Sala ha sido conteste, desde el año 2000, al afirmar que los órganos estatales no tienen legitimación para interponer acción alguna para la tutela de derechos e intereses colectivos o difusos. Ello en virtud de que el objetivo de este tipo de acciones es velar por la tutela de la calidad de vida y, como quiera que corresponde al Estado venezolano mantener y mejorar la calidad de vida de su población, no pueden los componentes estatales exigir por vía jurisdiccional el cumplimiento de una prestación a la cual ellos están obligados.

La excepción a la premisa anterior la pauta el propio texto constitucional: La Defensoría del Pueblo. Así, según el artículo 280 constitucional, dicho órgano tiene a su cargo "...la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas". En igual sentido está redactado el artículo 281.2 *eiusdem*, según el cual

compete al Defensor o Defensora del Pueblo "...amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos [se refiere al funcionamiento de los servicios públicos]..." (corchetes añadidos).

Es por tal razón que resalta quien suscribe que la imposibilidad para los órganos estatales de incoar una acción por derechos e intereses colectivos o difusos, aun siendo un asunto de legitimación, obedece en realidad a la naturaleza jurídica de este tipo de acciones y de la función pública en sí misma considerada. En efecto, en el contexto del Estado social difícilmente se encontrará un derecho e interés colectivo o difuso en el que no subyazca un interés general o público, y que, como tal, no cuente con una potestad funcionalizada asignada a un órgano (competencia) para su cometido. Esta premisa básica se acentúa con el carácter interventor en la Sociedad de la actividad administrativa -también propio del Estado social-, con ocasión del cual la Administración cuenta entre su catálogo de competencias y potestades con los instrumentos jurídicos suficientes para obligar a los particulares a que se adecúen a los parámetros determinados por la ley en función del interés público.

De allí, que ni siquiera la legitimación amplia contenida en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando refiere que "Toda persona podrá demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos" (resaltado añadido), puede ser entendida como una habilitación a los órganos estatales para ejercer este tipo de acción, pues hacerlo contraría la funcionalidad de las potestades públicas, que las caracteriza por el hecho de ser un deber de actuación que se proyecta sobre terceros con independencia de su voluntad.

En el caso de autos, es indiscutible que la estructura de la cartera crediticia destinada para créditos hipotecarios forma parte de la política estatal para la satisfacción del derecho constitucional a la vivienda. Por lo cual es evidente que media un interés público en la Resolución N° 104 dictada por el Ministro del Poder Popular para vivienda y Hábitat, alegada como incumplida por parte de Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal; y que con su incumplimiento, de existir, se estaría afectando ese interés público.

Sin embargo, ello no puede dar cabida a que el Estado opte por demandarlo por lesionar el derecho colectivo a la vivienda y no que actúe haciendo uso de las potestades administrativas propias del régimen sectorial bancario, visto que la Administración cuenta con las herramientas jurídicas necesarias para hacer cumplir dicha Resolución a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; que es lo mismo que decir, para satisfacer el interés general presente en la política habitacional del gobierno venezolano destinada a la tutela del derecho constitucional a la vivienda; bien sea, por ejemplo, a través de la potestad sancionatoria obligando al ente financiero a que cumpla con lo estipulado; o bien por conducto de la potestad reglamentaria en caso de que la Administración no pueda actuar por insuficiencia del diseño normativo.

En definitiva, admitir que el Estado demande judicialmente por la protección de derechos e intereses colectivos o difusos desdice de la gobernabilidad que deben mantener los órganos de la Administración Pública. Además, que dicha solicitud se realice por conducto de la Procuraduría General de la República, que es el abogado o la abogada de la República, no hace más que evidenciar el acierto de las observaciones realizadas. Las funciones de la Procuraduría General de la República, dice el artículo 247 constitucional, es asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, de tal suerte que, trasladando dicho supuesto al caso de autos, es forzoso concluir que se está en presencia de un incumplimiento de la política estatal para la vivienda, que como toda activi-

dad moderna tiene un cuantificación dineraria; pero que en definitiva, como lo subvertido es el mandato legal, el asunto controvertido no se contrae a intereses patrimoniales sino a la idea superior del interés público “vivienda”.

2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (45)**

**13-2-2012**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Orlando José Ereú García (Solicitud de Revisión)

**Las decisiones dictadas por la Sala Constitucional adquieren desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal y material, y contra ellos resulta improponible la revisión constitucional.**

Llevado a cabo el estudio del expediente, corresponde a esta Sala pronunciarse respecto de la solicitud de revisión realizada por el ciudadano Orlando José Ereú García, contra fallo dictado por esta Sala el 26 de julio de 2011 en tal sentido, observa:

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone:

“El Tribunal Supremo de Justicia es el mas alto tribunal de la República; contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oír, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo que dispone en la presente Ley”.

Así las cosas, la Sala observa que la solicitud de revisión de fallos de la propia Sala Constitucional no se preceptúa en los artículos 25.10 ni 25.11 de la referida ley orgánica que rige las funciones de este máximo tribunal, motivo por el cual, conforme al artículo 3 *eiusdem*, no existe recurso ni otro medio de impugnación alguno contra éstos.

La eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, según lo establecido por la doctrina de este Máximo Tribunal en numerosas oportunidades, (*Vid. s. SCC-C.S.J. del 21-02-90*), se traduce en tres aspectos: a) inimpugnabilidad, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (non bis in ídem). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) Inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y, c) Coercibilidad, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.

Las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren, desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal, consagrado en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que lo decidido en la sentencia en cuestión no es atacable, y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 *eiusdem*, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. En tal sentido, esta Sala en decisión número 3180 del 15 de diciembre de 2004 (caso: *Tecnoagrícola Los Pinos, C.A.*) indicó que la autoridad de la cosa juzgada constituye un aspecto esencial de la seguridad jurídica entendida como un principio constitucional. Así pues, se añade que existe expectativa legítima en derecho cuya base es la uniformidad de la jurisprudencia. Por tanto permitir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considere sus propias decisiones mediante el mecanismo extraordinario de la revisión conduciría a un caos interpretativo, que afectaría la

transparencia y la imparcialidad del sistema de administración de justicia. Adicionalmente, el artículo 252 de Código de Procedimiento Civil dispone textualmente:

“Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.”

Sobre la base de lo anteriormente expuesto y vistos los términos de la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano Orlando José Ereú García, contra la sentencia dictada, el 26 de julio de 2011, por esta Sala Constitucional, la misma resulta manifiestamente improponible en derecho. Así se decide.

**TSJ-SC (144)**

**23-2-2012**

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cemex de Venezuela SACA (Revisión de Sentencia)

**La Sala revisa constitucionalmente una sentencia proferida en sede cautelar, al verificar que contra ella no hay posibilidad de ejercer recurso de apelación, no es susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiere carácter de sentencia definitivamente firme.**

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia N° 2.569 dictada el 15 de noviembre de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la referida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002, lo que es equivalente a la cantidad de ochocientos seis millones novecientos diez mil bolívares (Bs. 806.910.000,00), actualmente ochocientos seis mil novecientos diez bolívares fuertes (Bs. 806.910,00).

Así pues, la actora solicitó la presente revisión constitucional con fundamento en que la sentencia impugnada contrarió el criterio establecido en el fallo N° 1.590 del 10 de agosto de 2006, en el sentido de que la suspensión de una sanción pecuniaria no podría perjudicar en forma alguna los intereses de los terceros. En este orden de ideas, debe esta Sala Constitucional advertir que, según pacífica y reiterada jurisprudencia al respecto, se ha establecido que la potestad de revisión es ejercida por esta Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, si con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 44 del 2 de marzo de 2000, caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”).

Asimismo, debe destacarse que la solicitud de revisión no se configura como la posibilidad de una tercera instancia de la cual disponen los ciudadanos para fundamentar la misma en los posibles errores de juzgamientos en que incurran los jueces, sino que ésta se constituye como un medio extraordinario y excepcional de control de la Sala sobre la interpretación de principios y normas constitucionales, que atenden de tal modo contra los derechos de los justiciables que hagan factible su revisión y posterior anulatoria de la sentencia impugnada por parte de la Sala.

En atención a lo expuesto, aprecia esta Sala Constitucional que la Sala Político Administrativa declaró la improcedencia de la aplicación del criterio establecido en el fallo dictado por esta Sala N° 1590/2006, con fundamento en que el mismo se circunscribe a la materia de telecomunicaciones, la cual difiere en su contenido de la materia de libre competencia; asimismo, fundamentó igualmente su negativa en la sentencia dictada por esta Sala N° 1260/2002, en la cual se interpretó el contenido del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Como punto previo, visto que la presente revisión constitucional fue interpuesta contra una decisión cautelar dictada por la Sala Político Administrativa, esta Sala destaca que en anteriores oportunidades ha conocido de solicitudes de revisión de sentencias referidas a medidas cautelares, no obstante pendan de una causa principal que cursa ante el mismo tribunal que la profirió y del pronunciamiento definitivo sobre el mérito de la controversia. En efecto, se advierte que respecto de la decisión cuya revisión se solicita, no hay posibilidad de ejercer recurso de apelación, no es susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiere carácter de sentencia definitivamente firme, aunque haya sido proferida en sede cautelar, razón por la cual, es susceptible de revisión constitucional (*Vid.* Sentencias de esta Sala Nros. 442/2004 y 428/2005, entre otras).