

*Jurisprudencia Administrativa y Constitucional
(Tribunal Supremo de Justicia y
Cortes de lo Contencioso Administrativo):
Segundo Trimestre de 2013*

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: La Ley: Principio de irretroactividad*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales. A. La garantía de Acceso a la Justicia: Principio Pro Actione. 2. Derecho a la Educación: Participación de la comunidad educativa. 3. Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional. A. El Poder Legislativo: Inmunidad Parlamentaria. B. El Poder Judicial. a. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia: Antejudicio de mérito b. Régimen de los Jueces. a'. Recusaciones de los jueces c. Régimen disciplinario a'. Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. b'. Jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación. A. Medidas Cautelares. 2. Acción de Reclamo por la prestación de servicios públicos. 3. El Contencioso Administrativo Agrario.*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad. A. Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de ordenanzas municipales y leyes estatales. B. Objeto: Leyes derogadas. C. Declaratoria de mero derecho. D. Acumulación. E. Medidas Cautelares. 2. Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional: Improcedencia contra sentencias de Tribunales arbitrales 3. Acción de Amparo Constitucional. A. Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Competencia B. Procedimiento: Procedencia *in limine litis*. C. Medidas Cautelares.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad*

TSJ-SC (624)

30-5-2013

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia.

El artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos Sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, publicada el 28 de diciembre de 2005, ordenaba que entre los meses de enero y febrero de 2006, se presentara nuevamente la declaración definitiva de ingresos correspondiente al ejercicio fiscal de 2005, es decir, que supuso la imposición de deberes tributarios a hechos ocurridos con anterioridad al momento de entrada en vigencia de la Ordenanza, en clara violación al principio de irretroactividad.

En efecto, la norma bajo examen reguló situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, en franca lesión del principio de irretroactividad de la ley, que como se precisó anteriormente, imposibilita que una norma jurídica se aplique a un hecho ocurrido antes de su publicación, salvo los casos que expresamente admite la Constitución.

Determinado lo anterior, el artículo sobre el cual versan las presentes consideraciones es del siguiente tenor:

“Artículo 171:

La declaración definitiva de los ingresos o ventas brutas correspondientes al ejercicio fiscal 2005, deberá presentarse entre el 02 de enero y el 28 de febrero de 2006”.

La citada norma, fue analizada tanto por esta Sala como por la Sala Político Administrativa de esta Máximo Tribunal, en el marco de la potestad de control difuso que tienen todos los tribunales de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En ambos casos, se reputó como violatoria del principio de irretroactividad de la ley, a que se refiere el artículo 24 *eiusdem*.

Corresponde entonces realizar un análisis abstracto de su constitucionalidad y, en tal sentido, el artículo 137 del Texto Fundamental, recoge al principio de legalidad, también denominado principio de sujeción a juridicidad, concebido por Villar Palasí (*Derecho Administrativo*. Universidad de Madrid. 1968. Página 274), como un instrumento de sujeción de los poderes del Estado a lo que establece el ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad y con él, el principio de competencia, son los responsables de la juridización de la actuación del Poder Público, ya que someten a todas las figuras subjetivas del Estado a actuar conforme a lo que prescribe el ordenamiento jurídico. Es por tanto, un efecto de la institucionalización del poder y por ende, una “máxima opuesta a la arbitrariedad” (Peces-Barba (*Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. 1999, 108). Para Souza (2001. *El Uso Alternativo del Derecho*. 1° Edición. Bogotá: Editorial Unibiblos. Página 173), es el axioma según el cual es Estado debe actuar conforme a una fuente jurídica, es decir, basado en un instrumento jurídico formal que habilita a un órgano o ente a desarrollar una determinada actividad.

Como un elemento integrante del principio de legalidad, el artículo 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el principio de publicidad normativa como un requisito de eficacia de las leyes, cuyo cumplimiento hace posible su ejecución en el plano de la realidad. Es decir, que la publicidad normativa representa una formalidad de la cual nace la vigencia de la norma y, de allí, que constituya un elemento de seguridad jurídica necesario para que la ley logre producir efectos jurídicos y, por ende, hasta tanto no se satisfaga dicha exigencia, no debe reputarse efectos jurídico alguno, pues no se está en presencia de derecho positivo.

Precisamente, una de las consecuencias del principio de publicidad normativa y, por tanto, de la entrada en vigencia de las normas jurídicas, es el principio de irretroactividad de la ley establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 24, el cual dispone lo siguiente:

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

Como puede observarse de la norma antes transcrita, la aplicación de las disposiciones legislativas parte del momento de su publicación y, en consecuencia, la aplicación retroactiva está prohibida, salvo la única excepción de la despenalización o de la sanción menos gravosa de una conducta. Cabe agregar que este principio de irretroactividad normativa se encuentra igualmente justificado en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la eventual mutabilidad de la legislación.

Entonces, tal como señaló esta Sala en la sentencia de junio de 2001 resulta contrario al principio de irretroactividad de la ley aplicar una norma jurídica a una situación fáctica anterior a su entrada en vigencia. En dicho contexto, el artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos Sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, publicada el 28 de diciembre de 2005, ordenaba que entre los meses de enero y febrero de 2006, se presentara nuevamente la declaración definitiva de ingresos correspondiente al ejercicio fiscal de 2005, es decir, que supuso la imposición de deberes tributarios a hechos ocurridos con anterioridad al momento de entrada en vigencia de la Ordenanza.

En efecto, la norma bajo examen reguló situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, en franca lesión del principio de irretroactividad de la ley, que como se precisó anteriormente, imposibilita que una norma jurídica se aplique a un hecho ocurrido antes de su publicación, salvo los casos que expresamente admite la Constitución.

En virtud de las consideraciones expuestas, observa esta Sala que la disposición contenida en el 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005, conculca el principio de irretroactividad de la ley, dispuesto en el artículo 24 de la Carta Magna y, en consecuencia, se declara su nulidad y así se decide.

Ahora bien, corresponde determinar los efectos de la presente decisión anulatoria en el tiempo y en tal sentido, desde sus inicios (*Vid.* Sentencia del 1° de junio de 2000, entre otras), esta Sala Constitucional hizo suya la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia, según la cual, la nulidad por inconstitucionalidad produce efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado.

Salvo que en aras de la seguridad jurídica y para evitar mayores perjuicios, se fijen los efectos anulatorios *ex nunc* o hacia el futuro (Véase: en Revista de Derecho Público, N° 82 2000, pp. 453)

En el caso de autos, dado que la norma objeto de la presente nulidad se encuentra viciada de irretroactividad y ello, supone una afectación gravísima a la seguridad jurídica, así como al principio de juridicidad, esta Sala fija los efectos del fallo anulatorio *ex tunc*, es decir, hacia el pasado, desde el mismo momento en que fue dictada la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Principio Pro Actione

TSJ-SC (433)

6-5-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Fundación Movimiento por la Calidad del Agua vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y los Recursos Naturales

Declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional.

Determinado el órgano jurisdiccional competente para tramitar y decidir la anterior pretensión, esta Sala observa debe aclarar que correspondería, conforme al numeral 4 del artículo 150 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco del Capítulo III de su Título XI, *de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos*, inadmitir la demanda:

“(...) 4. Cuando la pretensión se pueda satisfacer a través de otras vías o cuando por su naturaleza al conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.”.

No obstante la regla antes mencionada, esta Sala Constitucional debe atender a la preeminencia que ha dado en su propio desarrollo jurisprudencial al principio *pro actione*, por el cual *“(...) las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales”* (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 83, 2000. pp. 94 y ss.) Sentencia del 25 de septiembre de 2001, del 16 de febrero de 2003; (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 101 2005. pp. 88 y ss.) y del 20 de septiembre de 2009.

De esta forma, considera la Sala que declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional de los demandantes en la presente causa, en consecuencia, lo conducente en el presente caso es reconducir la calificación jurídica de la pretensión y, en función de ello, remitir los autos al tribunal competente para su tramitación y

ulterior decisión de la forma que se establece en la parte *in fine* del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, norma tomada por su carácter supletorio, en aplicación del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), y así se decide.

2. *Derecho a la Educación: Participación de la comunidad educativa*

TSJ-SPA (471)

16-5-2013

Magistrado Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Red de Padres y Representantes vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación

La Sala Político Administrativa considera, en etapa cautelar, que en virtud de que las disposiciones descritas de la Ley Orgánica de Educación establecen la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en dicho instrumento jurídico, ello permite suponer, sin que implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, que los Consejos Educativos establecidos en la Resolución N° 058 emanada del Ministerio del Poder Popular para la Educación, publicada en la G.O. N° 40.029 de fecha 16 de octubre de 2012, serían la concreción reglamentaria de las mencionadas disposiciones de orden legal, sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente.

Al efecto se observa, que la representación judicial de la asociación civil accionante, fundamentó la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, en la presunta violación al derecho que tienen las comunidades organizadas a participar en la gestión pública, “...concretamente en este caso, el derecho de los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar...”.

En tal sentido, alegó que la Resolución N° 058 recurrida, viola la obligatoriedad de la consulta prevista en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ya que afirma que fue dictada con prescindencia de dicho procedimiento.

A su vez se observa, que la abogada Mayerling Rosales González, ya identificada, mediante escrito consignado en fecha 29 de enero de 2013 formuló oposición a la medida de suspensión de efectos peticionada por la asociación civil accionante, sosteniendo a tales efectos que, en el presente caso, no se demostró el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la referida medida cautelar, los cuales deben cumplirse de manera concurrente.

Por otra parte, argumentó que los alegatos expuestos por la recurrente para fundamentar la medida cautelar requerida son los mismos que se utilizaron para sustentar el recurso de nulidad planteado y en razón de ello estima que cualquier decisión que considere la Sala al respecto, se estaría pronunciando sobre el fondo de la controversia y por tanto, “...adelantando (...) su opinión, al suspender los efectos del acto administrativo por una presunción de violación al derecho de la participación, en consecuencia, estaría prejuzgan-

do sobre la decisión definitiva...”. En primer término se observa, que efectivamente la accionante fundamentó su solicitud cautelar en el derecho que tienen los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa a participar en la gestión educativa, en concreto, en la elaboración de las normas dirigidas a su organización y funcionamiento, pero nada alegó para sustentar el *periculum in mora* o daño de difícil o imposible reparación como requisito de procedencia.

No obstante se debe precisar que la referida circunstancia no impide a este órgano jurisdiccional analizar la situación planteada derivado de los amplios poderes cautelares que tiene el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero fundamentalmente, visto el interés que reviste el tema sobre el cual versa el recurso para la comunidad educativa y ante la eventual lesión que pudiera afectar los derechos colectivos, este Máximo Tribunal, de acuerdo al enunciado del citado artículo 104 *eiusdem* debe ponderar los intereses en juego y en tal sentido, pasa a analizar la solicitud:

En este sentido, se debe acotar que la parte recurrente representada por un grupo de padres y representantes, pretenden obtener con su petición cautelar, la suspensión del contenido total de un acto general o normativo (Resolución N° 058), que si bien se encuentra estructurado en 7 artículos, de su lectura destacan 35 disposiciones sustanciales que desarrollan diversas materias y con respecto a las cuales no planteó ningún alegato en contra.

En virtud de lo anterior, la Sala estima que cualquier pronunciamiento al respecto, dirigido a la suspensión total del referido acto incidirá sobre la esfera de los derechos e intereses de la totalidad de los miembros que integran la *comunidad educativa* (padres, madres, representantes, estudiantes, docentes, trabajadoras, trabajadores administrativos, obreros, obreras, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas a las instituciones educativas) y es por ello que, la valoración que debe efectuar este Máximo Tribunal sobre la medida requerida, ha de hacerse ponderando los intereses involucrados.

Así, de la lectura preliminar del acto recurrido se evidencia que la citada normativa se encuentra fundamentada en disposiciones de orden constitucional (artículos 5, 6, 51, 62, 70, 72, 102, 103) y legal y en tal sentido desarrolla las competencias del *Estado docente* (artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de Educación, Gaceta Oficial N° 5.929 Extraordinario del 15 de agosto de 2009), el cual tiene asignado entre sus facultades la de promover, integrar y facilitar la participación social, bajo el nuevo esquema establecido por el Constituyente (artículo 102 constitucional), que promueve la *corresponsabilidad* en la eficiente prestación del servicio público de educación de las familias, la escuela, la sociedad y el Estado y particularmente, destaca el rol que cumplen las familias las cuales tienen el deber, el derecho y la responsabilidad en la orientación y formación en principios, valores, creencias, actitudes y hábitos en los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, adultos y adultas para cultivar respeto, amor, honestidad, tolerancia, reflexión, participación, independencia y aceptación.

Bajo estas premisas, la Resolución N° 058 impugnada, establece que el objeto de la norma (único aparte del artículo 1 de la Resolución en cuestión), consiste en regular la planificación, ejecución, seguimiento, control, supervisión y evaluación de los planes y proyectos del Estado docente, entre los cuales destaca el de la conformación de los *Consejos Educativos* concebidos como la instancia ejecutiva conformada por los referidos actores de la comunidad educativa

“...desde la educación inicial hasta la educación media general y media técnica y todas las modalidades del subsistema de educación básica. También podrán formar parte (...) las personas naturales y jurídicas, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas con las instituciones educativas...”. (Artículos 3 y 4 la Resolución N° 058 impugnada).

A su vez, la disposición contenida en el artículo 7 del aludido acto recurrido establece la *organización* de los *Consejos Educativos* bajo la forma de Comités: de Padres, Madres, Representantes y Responsables; Académico; de Seguridad y Defensa Integral; de Comunicación e Información; de Ambiente; de Salud Integral y Alimentación; de Educación Física y Deporte; de Cultura; de Infraestructura y Hábitat Escolar; de Estudiantes; de Contraloría Social y otros que se consideren pertinentes.

Ahora bien, de un análisis preliminar de la citada normativa contenida en el acto impugnado se observa, que la organización de los **Consejos Educativos** a través de las diferentes funciones asignadas a cada **Comité**, conformado por los miembros de la comunidad educativa, tiene su fundamento en el artículo 20 de la *Ley Orgánica de Educación* (expresamente citado en el mencionado artículo 7 de la Resolución impugnada) y en los literales a) y g) del numeral 2; literal e) del numeral 3; literales a) y b) del numeral 4 todos del artículo 6 y artículo 21 de la referida Ley, en los cuales *se previó la necesidad de que los integrantes de la comunidad educativa se organizaran ulteriormente* a la entrada en vigencia del citado instrumento jurídico, para desarrollar los mecanismos y procedimientos que le permitiese ejercer a los integrantes de dicha comunidad la contraloría social y otros derechos y deberes inherentes a la gestión educativa, relativos a la promoción de la salud, la lactancia materna, el respeto por la vida, el desarrollo endógeno, el quehacer comunitario, la defensa de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, las innovaciones pedagógicas, el uso y desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación, la convivencia y el respeto a los derechos humanos, entre otras.

Adicionalmente, en la Ley Orgánica de Educación se establece expresamente la organización del estudiantado bajo la modalidad de los Consejos Estudiantiles, “...*sin menoscabo de otras formas organizativas...*”, (artículo 21 de la Ley Orgánica de Educación), con la finalidad de que actúen junto con la comunidad educativa en los diferentes ámbitos, programas, proyectos educativos y comunitarios, ejerciendo sus derechos y deberes como seres sociales, en un clima democrático, de paz, respeto, tolerancia y solidaridad.

Por lo expuesto, este Máximo Tribunal considera, en esta etapa cautelar, que en virtud de que las disposiciones descritas de la Ley Orgánica de Educación establecen la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en dicho instrumento jurídico, ello permite suponer, sin que implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, que los aludidos Consejos Educativos serían la **concreción reglamentaria** de las mencionadas disposiciones de orden legal, sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente.

Al respecto, cabe destacar que de acuerdo al contenido del artículo 7 de la Resolución N° 058, las mencionadas instancias de participación y gestión dentro del sistema educativo deben actuar “...*en corresponsabilidad con los valores establecidos en la Ley Orgánica de Educación (LOE 2009)...*”, de conformidad con los valores superiores del ordenamiento y fines esenciales del Estado, consagrados en el Texto Fundamental (artículos 2 y 3 constitucionales).

Por consiguiente, este Máximo Tribunal, una vez ponderados los intereses en juego, concluye que, el eventual otorgamiento de la medida requerida *prima facie*, afectaría la esfera de los derechos y de las garantías de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa, antes mencionados, pues podría reducir, como fue indicado, la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la Ley Orgánica de Educación.

En efecto, y sin que ello implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, se aprecia que la conformación de los aludidos Consejos Educativos y su ulterior organización en los distintos Comités previstos en la Resolución impugnada, así como la disposición de los Consejos Estudiantiles antes referidos, son instancias ya previstas en la Ley Orgánica de Educación a los fines de profundizar la participación organizada y en consecuencia, *democratizar* el Sistema Educativo como uno de los postulados materiales de la Constitución de 1999, exponente de la **democracia participativa y protagónica** que se erige, conforme con la doctrina del Constitucionalismo Latinoamericano sobre la base fundamental de los acuerdos entre los ciudadanos, el consenso y la representación. Este modelo de dispositivos debe sustentarse indefectiblemente en la deliberación y el diálogo, diagrama éste que además de conducir a la toma de decisiones compartidas intersubjetivamente al estar soportadas en la heterogeneidad, construye un proyecto social sustancial fundamentado en la pluralidad.

Conforme con lo anterior, para la Sala la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento. Así se decide

3. *Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política*

TSJ-SE (50)

18-6-2013

Ponencia Conjunta

Caso: Oscar Alfonso Linares Quintero vs. Consejo Directivo Del Instituto De Previsión Social Del Abogado (INPREABOGADO)

La Sala Electoral determina que el sistema electoral previsto para elegir a los miembros del INPREABOGADO viola el derecho al sufragio y participación política.

Una vez resueltos los advertidos aspectos preliminares, corresponde a la Sala Electoral pronunciarse en relación con el fondo del asunto para lo cual observa lo siguiente:

Tal como se señaló en párrafos precedentes, se constata que la acción de amparo constitucional tiene su origen en la alegada omisión en la que habría incurrido el Consejo Directivo del INPREABOGADO por abstenerse de convocar a elecciones a fin de renovar a sus integrantes, pese a haberse vencido su período de gestión hace varios años.

Como consecuencia de dicha omisión, la parte accionante actuando en nombre propio y en representación de los intereses de los abogados del país denuncia la transgresión de los artículos 21, 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, solicita la desaplicación del contenido de los artículos 80 de la Ley de Abogados, 84 y 93 del Reglamento de la Ley de Abogados, por cuanto, a su criterio, tales normas vulneran el derecho a la participación y al sufragio universal, directo y secreto así como el derecho a la igualdad, por prever un sistema electoral de segundo grado y por exigir que los integrantes del Consejo Directivo del INPREABOGADO se encuentren domiciliados en la ciudad de Caracas.

Expuesto lo anterior, se debe indicar que tanto de los autos que conforman el expediente judicial como de los alegatos expuestos por las partes con ocasión de la realización de la audiencia constitucional se desprende que no constituye un hecho controvertido la omisión en la que ha incurrido el Consejo Directivo del INPREABOGADO al no convocar el proceso electoral mediante el cual se debe renovar a sus integrantes, pese a no haberse señalado con precisión la fecha en la cual se efectuó la última elección de autoridades. Tampoco se discute el prolongado vencimiento de su período de gestión de dos (2) años, previsto en el Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados.

En efecto, se observa que en escrito de fecha 30 de mayo de 2013, la representación judicial del INPREABOGADO ratifica lo expuesto con ocasión de la audiencia constitucional efectuada ese mismo día, al señalar que “...con la mejor y más absoluta buena fe (...) est[á] en la disposición de solicitar al Poder Electoral que [lo] asesore en las elecciones a realizar...”, sin que se evidencie que durante la tramitación de la causa haya cuestionado la denuncia esgrimida por los accionantes en relación con el vencimiento del período de gestión del Consejo Directivo ni en cuanto a la omisión de convocatoria a elecciones. De allí que sea evidente la transgresión del derecho al sufragio y a la participación ocasionada por tal omisión (corchetes de la Sala).

Ahora bien, observa la Sala que el artículo 80 de la Ley de Abogados prevé lo siguiente:

Artículo 80: Los órganos del Instituto son:

a) La Asamblea General que estará integrada hasta por cinco (5) representantes de cada Colegio de Abogados.

(...)

Parágrafo Segundo: Los miembros del Consejo Directivo del Instituto, serán designados por la Asamblea General del mismo, deberán estar domiciliados en el área metropolitana de Caracas y durarán dos años en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Abogados reitera lo expuesto en los siguientes términos:

Artículo 84: La suprema autoridad del Instituto es la Asamblea General, constituida por representantes de todos los Colegios de Abogados de la República, cuyo número no excederá de cinco por cada Colegio.

Del contenido de las normas transcritas se desprende que, en principio, la elección de los miembros del INPREABOGADO corresponde a una Asamblea General conformada por representantes de cada uno de los Colegios de Abogados del país. Por tanto, la aplicación de dichas normas al caso de autos conduciría a concluir que la reconocida omisión en cuanto a la convocatoria al proceso electoral para renovar a su Consejo Directivo afectaría únicamente los derechos al sufragio y a la participación de quienes conforman la Asamblea General (representantes) y no los del colectivo de abogados inscritos en el Instituto. No obstante, dicha postura resulta manifiestamente inconstitucional por los motivos que a continuación se exponen:

En efecto, en primer lugar debe destacarse que el INPREABOGADO constituye una organización de interés colectivo que tiene como objeto la procura del bienestar social y económico de los abogados y sus familiares, aspecto este que se materializará mediante diversas acciones, tales como: i.- La implantación de mecanismos que permitan afrontar las consecuencias que pudieran afectar a sus integrantes o familiares a causa de muerte, enfermedad o incapacidad del abogado afiliado; ii.- La promoción del ahorro; iii.- Facilitar la adquisición de viviendas propias; iv.- Incentivos económicos que permitan el desarrollo de

actividades que representen un aumento de la calidad de vida del abogado y sus familiares, entre otras, tal como lo prevé el artículo 77 de la Ley de Abogados y lo reitera el artículo 79 de su Reglamento.

Al respecto, resulta pertinente hacer mención al contenido de la sentencia del 10/8/2007, emanada de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la que se precisaron algunos aspectos de los institutos de previsión social en los siguientes términos:

Ahora bien, la existencia de gremios profesionales no excluye la posibilidad de que ciertos profesionales cuenten también, incluso por norma legal, con entes creados para velar por su situación económica y social. Se trata de los comúnmente llamados *Institutos de Previsión*, que tienen por finalidad garantizar la asistencia a las personas que pertenecen a determinado gremio (lo que puede alcanzar a sus familiares o a personas relacionadas con esa profesión), de manera similar a lo que se lograría con el servicio de Seguridad Social del Estado o los seguros privados. Se erigen como instrumentos para que, de manera mancomunada entre quienes tienen intereses comunes, se consiga la seguridad que toda persona requiere.

Como se observa, hay un vínculo necesario entre los colegios profesionales (como especie de los gremios profesionales) y los institutos de previsión, pues ambos están formados por profesionales de un determinado sector de actividad. Sin embargo, son muy distintos sus fines: mientras el gremio vela por la profesión en sí misma para garantizar su correcto ejercicio, el instituto de previsión persigue la asistencia socioeconómica de tales profesionales.

Lo expuesto explica que en el gremio sólo participan los profesionales del área de que se trate, a diferencia de los institutos de previsión, en lo que pueden tener cabida, así sea como beneficiarios de ayudas o servicios, personas que no son profesionales de tal área, pero sí tienen lazos con ellos o relaciones con la actividad concreta.

En la citada sentencia se efectuó una diferenciación entre las organizaciones de carácter gremial y los institutos de previsión social, concluyéndose que, aun cuando ambos se relacionan y se complementan, los referidos institutos se encuentran destinados a procurar una mejor calidad de vida de los profesionales que los conforman y de sus familiares a diferencia de los gremios profesionales, cuya misión se centra en vigilar el apropiado ejercicio de una profesión en específico.

Así pues, partiendo de los objetivos perseguidos por los institutos de previsión social se hace evidente la importancia que dichas organizaciones revisten para los gremios profesionales, tal es el caso del gremio conformado por los profesionales del Derecho. De allí que resulte claro el interés del colectivo de abogados que se encuentran inscritos en el INPREABOGADO en participar, de manera directa, en la elección de las autoridades que lo conducirán.

En efecto, el Consejo Directivo del INPREABOGADO es el órgano a quien corresponde la gestión de los intereses de sus afiliados, asegurando la consecución de los fines encomendados al Instituto por la Ley de Abogados y su Reglamento, por lo que la participación directa de dichos afiliados en la elección de los integrantes del cuerpo directivo encuentra plena justificación en el contenido de los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevén el derecho a la participación en los asuntos públicos así como el derecho al sufragio mediante elecciones universales, directas, libres y secretas.

No obstante lo señalado, se observa que el sistema electoral previsto por el legislador consiste en una elección indirecta o de segundo grado, en la que cada Colegio de Abogados debe seleccionar a cinco (5) representantes que integrarán la Asamblea General del INPREABOGADO, sin que la Ley de Abogados o su Reglamento precisen cómo deberá efectuarse esa elección. Una vez conformado dicho órgano, la representación de cada Colegio de Abogados contará con un solo voto (independientemente del número de representantes que posea) a fin de elegir al Consejo Directivo del INPREABOGADO.

Ante la situación descrita resulta oportuno hacer mención al contenido de la decisión: (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, 2004, pp. 144) emanada de la Sala Electoral, en la que fue abordada una controversia similar a la de autos, señalándose en esa oportunidad lo siguiente:

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). De allí que la concepción del ejercicio del sufragio indirecto o de segundo grado, como lo es en definitiva el que ejercen los abogados colegiados al verse limitados a elegir a los Delegados que a su vez designarán a los órganos directivos de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, resulta contraria a las normas y principios que informan la materia electoral y de participación política en el sistema constitucional vigente.

En consecuencia, cabe concluir que la imposición de un mecanismo de esta índole sin justificación alguna incide negativamente en lo que se conoce en el Derecho Comparado como el “contenido esencial” del derecho fundamental de sufragio, desnaturalizándolo y desdibujando sus elementos primordiales, lo cual está vedado al Legislador, que en este aspecto, como también sostiene la doctrina nacional y comparada, no goza de una libertad de configuración absoluta, sino que, si bien ostenta competencias para determinar la modalidad de ejercicio del derecho en cuestión, debe guiarse por las pautas constitucionales. En caso contrario incurre la norma legal en el vicio de inconstitucionalidad, como ocurre en el presente supuesto, al imponerse la modalidad de ejercicio del sufragio indirecto o de segundo grado en forma contraria a los caracteres que determinan este derecho fundamental según la concepción que se recoge en el artículo 63 constitucional, con lo cual “...ya no es posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho constitucional...” (PRIETO SANCHÍS, citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. p. 597).

Consecuencia de todo lo anterior, es que las normas contenidas en la Ley de Abogados respecto a la forma de elección de los órganos directivos de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, al resultar manifiestamente contrarias al texto fundamental, no son susceptibles de ser aplicadas en virtud de la Disposición Derogatoria Única constitucional. En tal razón, esta Sala Electoral arriba a la indubitable conclusión de que el contenido de los artículos 47 y 54 de la Ley de Abogados y el artículo 60 de su Reglamento resultan contrarios a la recta interpretación de los derechos constitucionales al sufragio y a la participación política, y que debe procederse a su desaplicación para el proceso electoral que se ha ordenado convocar. Así se declara.

Las consideraciones expuestas en el fallo que antecede se encuentran referidas a la manera de elegir a las autoridades de una organización de naturaleza gremial como es la Federación de Colegios de Abogados. Sin embargo, tales argumentos deben darse por reproducidos en lo que respecta a los procesos electorales a ser efectuados en el seno de los institutos de previsión social como el INPREABOGADO, considerando los fines que estos persiguen y la importancia que representan para los gremios profesionales, con los que se encuentran íntimamente vinculados, tal como se señaló en párrafos precedentes, al haberse precisado que la elección de las autoridades que conforman el Consejo Directivo del INPREABOGADO es un asunto que corresponde a todos los abogados inscritos en el Instituto, se concluye que la omisión en la que ha incurrido dicho órgano al no convocar al proceso electoral mediante el cual deben ser renovados sus integrantes no constituye una circunstancia que afecte a un grupo limitado de individuos (representantes de los Colegios de Abogados) sino que, por el contrario, implica una flagrantemente violación del derecho a la participación y al sufragio del colectivo de abogados.

De allí que, a fin de restablecer la situación jurídica infringida por el mencionado Consejo Directivo en cuanto al ejercicio de los derechos constitucionales enunciados, resulta procedente ordenar la realización de la convocatoria al proceso electoral mediante el cual deberán ser renovadas tales autoridades, con la participación directa de todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO. Así se declara.

Señalado lo anterior, se observa que la parte agraviada solicita la desaplicación del Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados así como del artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados, por cuanto, a su criterio, limitarían el derecho al sufragio pasivo al prever que los miembros del Consejo Directivo del INPREABOGADO deberán estar domiciliados en la ciudad de Caracas.

En tal sentido, observa la Sala Electoral que el referido Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados establece que:

Artículo 80: Los órganos del Instituto son:

(...)

Parágrafo Segundo: **Los miembros del Consejo Directivo del Instituto**, serán designados por la Asamblea General del mismo, **deberán estar domiciliados en el área metropolitana de Caracas** y durarán dos años en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados ratifica lo expuesto, en los siguientes términos:

Artículo 93: **Los miembros principales del Consejo Directivo y sus suplentes deberán estar inscritos en el Instituto, domiciliados en el área metropolitana de Caracas**, ejercerán sus cargos durante dos años y podrán ser reelegidos. En caso de renuncia, continuarán en el cargo hasta que sean reemplazados.

De las normas referidas se desprende que a fin de ejercer algún cargo dentro del Consejo Directivo del INPREABOGADO, deberán cumplirse dos condiciones concurrentes, a saber: i.- Estar afiliado al INPREABOGADO; y, ii.- Tener su domicilio en la ciudad de Caracas.

Tales requisitos constituyen condiciones para ser elegible, por tanto, en interpretación en sentido contrario, el incumplimiento de tales exigencias configurará supuestos de inelegibilidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las causales de inelegibilidad constituyen limitaciones al sufragio pasivo que, por tal motivo, deben ser establecidas bajo parámetros razonables y proporcionales que no vacíen de contenido el núcleo esencial del derecho constitucional.

En este caso se observa que el legislador ha previsto una discriminación carente de todo fundamento respecto a quiénes pueden optar a desempeñar cargos dentro del Consejo Directivo, la cual se encuentra establecida en función del domicilio, circunstancia esta que, además de afectar el derecho al sufragio en su faceta pasiva, infringe el contenido del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevé la igualdad de todas las personas ante la ley, con la consecuente prohibición de establecer discriminaciones que menoscaben dicha igualdad.

En efecto, la mencionada norma constitucional establece lo siguiente:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

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

Respecto al contenido de la norma transcrita, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante sentencia 9 /2007, señaló lo siguiente:

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (sentencia número (2006, de 17 de febrero). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos. En otras palabras, no se debe asimilar a los distintos, y no se deben establecer diferencias entre los iguales (sentencia 2006, de 17 de febrero).

De igual forma, esta Sala reitera que el respeto al principio o derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar en igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria.

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu*, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, fundamentalmente, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la barrera a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (sentencia N° 266/2006, de 17 de febrero).

El principio de igualdad normativa constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos que sean dictados por esta rama del Poder Público (a saber, las leyes), se establezcan discriminaciones.

Siendo así, la libertad de configuración normativa del órgano legislador nunca podrá traspasar el límite del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad, toda vez que tal avasallamiento de esta barrera es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la norma correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad.

En consecuencia, visto que tanto el Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados como el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados prevén como requisito para desempeñar cargos en el Consejo Directivo del INPREABOGADO estar domiciliado en la ciudad de Caracas, estableciendo una diferenciación de trato que no se encuentra fundamentada en motivos objetivos, razonables y congruentes, se considera necesario desaplicar en el caso de autos las referidas normas, por cuanto su aplicación en la contienda electoral cuya

realización ordenó la Sala conduciría a considerar que únicamente podrán postularse aquellos abogados que residan en la Capital de la República, excluyendo al resto de profesionales del derecho domiciliados en otras ciudades del país, lo cual constituye una manifiesta discriminación que vulnera el derecho a la igualdad y restringe injustificadamente el derecho al sufragio pasivo. Así se declara.

Ahora bien, considerando que en la normativa electoral contenida tanto en la Ley de Abogados, en el Reglamento de la Ley de Abogados como en el vigente Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado (cuya última reforma se produjo mediante Decreto Presidencial de fecha 22 de diciembre de 1992, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.506 Extraordinario del 23 de diciembre de 1992) no se estableció regulación suficiente respecto a la manera de proceder para conformar la comisión electoral que regirá los procesos electorales que se lleven a cabo en el seno de dichos organismos, a fin de evitar mayor dilación en la renovación de autoridades y en aras de garantizar los derechos a la participación y al sufragio de los abogados inscritos en el INPREABOGADO, con fundamento en lo previsto en el numeral 6 del artículo 293 constitucional, se ordena al Consejo Nacional Electoral conformar una Comisión Electoral *Ad-Hoc*, integrada por tres (3) funcionarios designados de su propio seno, dentro del lapso de quince (15) días hábiles de la Administración electoral, contados desde el momento de la efectiva notificación del máximo órgano comicial, a quien corresponderá organizar el referido proceso electoral. Así se declara.

En consecuencia, la Sala Electoral declara que el proceso electoral que deberá ser convocado deberá realizarse dentro del marco de la normativa vigente, contenida en el precitado Reglamento especial el cual, por ser preconstitucional, deberá ser adaptado a los principios vigentes en la materia en los términos que serán señalados a continuación:

A tal efecto, se observa que el referido Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado contiene una regulación amplia respecto a las normas aplicables para la elección de las autoridades de los Colegios de Abogados (Capítulo II) y de la Federación de Colegios de Abogados (Capítulo III), no obstante, en cuanto a la elección de las autoridades del Consejo Directivo del INPREABOGADO no ocurre lo mismo, pues se remite a "...las disposiciones del presente Reglamento..." en la medida que "...resulte pertinente..." (Artículos 32 y 33). Ello conduce a considerar aplicables al caso de autos aquellas normas que regulan la elección de los Colegios de Abogados y la Federación de Colegios de Abogados que resulten compatibles con una elección universal, personal, directa y secreta en la que participen todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO.

Por tanto, a fin de implementar el proceso electoral ordenado por esta Sala Electoral, deberá considerarse lo siguiente:

1.- En primer lugar, no resulta aplicable la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, teniendo en cuenta que la elección del Consejo Directivo del referido Instituto no se realizará en una Asamblea de representantes sujeta a algún quórum mínimo de validez, sino mediante una elección de carácter nacional con la participación de un universo electoral conformado por todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO.

2.- Respecto al requisito para postular listas de candidatos, establecido en el artículo 7 del mencionado Reglamento, según el cual se exige el apoyo de un número equivalente al diez por ciento (10%), por lo menos, del total de afiliados, debe tenerse en cuenta que al

analizar una exigencia análoga, prevista en la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, esta Sala Electoral en sentencia del 25/5/2012 consideró lo siguiente:

Las restricciones de los derechos son validas siempre que se adecuen a la noción de proporcionalidad, lo cual implica, entre otros aspectos, que la limitación no debe ser excesiva, es decir, que si una norma establece un mecanismo que puede ser considerado idóneo a los efectos de lograr el fin perseguido, pero puede ser reducida la incidencia sobre el derecho, sin que esa circunstancia afecte el cumplimiento de la finalidad de dicha previsión, ese grado mayor de afectación resulta innecesario y resulta imperativo proceder a una modulación del nivel de la exigencia. La idea es que el medio de limitación de los derechos no vaya más allá de lo requerido para satisfacer la finalidad de la norma respectiva, lo cual se haya en perfecta consonancia con el mandato constitucional dirigido al Estado y a la sociedad, de facilitar la generación de las condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la participación (Artículo 62 de la Constitución).

Aplicando las consideraciones anteriores al caso de autos, la Sala considera que el *quantum* establecido por la norma (diez por ciento (10%) de los socios), en cuanto al respaldo necesario para que la postulación sea admitida, se traduce en una limitación desproporcionada e irrazonable del derecho a la participación ciudadana. En efecto, a los fines de garantizar que el candidato tenga unas posibilidades mínimas de éxito en el proceso electoral, bastaría con demostrar el apoyo de un porcentaje menor de los asociados. Por tal razón, la Sala ordena que para el proceso electoral en curso, deberá exigirse el porcentaje establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es decir, que la postulación de las planchas deberá contar con un respaldo del cinco por ciento (5%) de los socios por lo menos, en calidad de postulantes.

Por tanto, se dan por reproducidas las consideraciones expuestas en el caso de autos por considerar que la exigencia de un respaldo mínimo de un diez por ciento (10%) de afiliados constituye una limitación desproporcionada al derecho a la participación, considerando que actualmente existe un número cercano a los doscientos mil (200.000) abogados inscritos en el INPREABOGADO, razón por la cual, en su lugar, deberá exigirse el porcentaje establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es decir, el apoyo de un cinco por ciento (5%) de afiliados a efecto de la postulación.

3.- El requisito referido a la exigencia de solvencia para postular candidatos, previsto igualmente en el artículo 7 del Reglamento, no será exigible en virtud de haber sido declarada su nulidad mediante sentencia del 9/10/2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

4.- Tampoco resulta aplicable el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, que exige la solvencia económica del elector en relación con el Colegio de Abogados respectivo y el INPREABOGADO, como requisito para el ejercicio del voto.

En efecto, debe señalarse que la Sala Constitucional, en la ya citada decisión del 9/10/2007, señaló lo siguiente:

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 esta 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 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.

Del fallo transcrito se desprende claramente que la exigencia de solvencia económica en el marco de los procesos comiciales realizados para elegir las autoridades de colegios y organismos profesionales de un gremio en particular constituye una limitante al carácter libre, universal, directo y secreto atribuido por el Texto Constitucional al sufragio.

Al respecto, cabe destacar que en anteriores oportunidades esta Sala Electoral se ha pronunciado respecto a dicho requisito, diferenciando su exigibilidad según la naturaleza de la organización de que se trate. Así, se ha considerado que su previsión en la normativa electoral aplicable a asociaciones privadas de asociación voluntaria, tales como las Cajas de Ahorro, no contradice los derechos constitucionales a la igualdad, a la participación y al sufragio, de allí que el mismo pueda ser exigido. Por el contrario, en organizaciones de naturaleza gremial, cuya afiliación es obligatoria para el ejercicio de una profesión, se ha señalado que su establecimiento resulta lesivo de los referidos derechos constitucionales (*Vid.* sentencias Nro. 105 del 4 de agosto de 2003, ; (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 129, 2012, pp. 1152 y ss.) Nro. 36 del 29 de mayo de 2013, emanadas de esta Sala Electoral).

En tal sentido, aun cuando en el presente fallo se ha señalado que, a diferencia de los Colegios de Abogados, el INPREABOGADO no es propiamente una organización gremial, también se ha indicado que ambas instituciones se encuentran íntimamente relacionadas y se complementan, pues procuran el bien común de los abogados del país enfocado desde perspectivas diversas como son, por un lado, el correcto ejercicio de la profesión y, por el otro, el aumento de la calidad de vida de los profesionales del derecho y sus familiares.

Asimismo, la vinculación entre ambas organizaciones la ratifica el hecho de que para ejercer legalmente la profesión necesariamente se debe estar inscrito simultáneamente en un Colegio de Abogados y en el INPREABOGADO e, incluso, el artículo 79 de la Ley de Abogados prevé que “[e]l Instituto tendrá su domicilio en Caracas y cada Colegio del interior de la República es una Delegación nata de él...” (corchetes de la Sala).

Por tanto, con base en las consideraciones expuestas, se considera que el requisito referido a la solvencia económica para ejercer el derecho al sufragio no resulta exigible en el proceso electoral cuya realización ordenó la Sala Electoral, por constituir una limitación injustificada al derecho a la participación y al sufragio.

5.- El resto de la normativa contenida en el Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado resulta aplicable por no ser manifiestamente inconstitucional y por ser compatible con la naturaleza de la elección a realizar.

6.- Ahora bien, por cuanto el análisis de la normativa contenida en el precitado Reglamento evidencia la existencia de vacíos en cuanto a aspectos de vital importancia en toda contienda electoral, tales como la elaboración del cronograma electoral, el señalamiento de las atribuciones de la Comisión Electoral, la manera de conformar el registro electoral aplicable a los comicios, entre otros, en aras de garantizar la ejecución del fallo y el cabal cumplimiento de la orden contenida en el presente fallo, se señala que para los aspectos no regula-

dos expresamente en el Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado deberán aplicarse supletoriamente las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, contenidas en la Resolución Nro. 101028-0471, de fecha 28 de octubre de 2010, publicadas en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* N° 547 del 7 de diciembre de 2010.

No obstante, considerando que el INPREABOGADO no es una organización gremial y que la aplicación supletoria de las referidas Normas deberá hacerse de manera excepcional únicamente a fin de resolver lagunas, deben excluirse expresamente los siguientes aspectos:

1.- No resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Capítulo II de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, referidas a las atribuciones del Consejo Nacional Electoral en elecciones gremiales (inscripción del gremio, aprobación de convocatoria y proyecto electoral, reconocimiento del proceso electoral, entre otros), por cuanto las mismas deben ser ejercidas únicamente en una contienda electoral de naturaleza gremial, no siendo posible atribuirle al máximo órgano comicial, por analogía, "...asuntos que no le competen..." (Vid. sentencia N° 1746 del 10 de agosto de 2007, emanada de la Sala Constitucional).

Por tanto, debe entenderse que las atribuciones contenidas en el mencionado Capítulo II, desarrolladas a lo largo de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, le corresponderán en este caso a la Comisión Electoral *Ad-Hoc*, en la medida que sea procedente, por constituir el órgano rector del proceso electoral.

2.- No resultan aplicables los numerales 1 y 2 del artículo 13 de las referidas Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, al no ser necesaria la inscripción del INPREABOGADO en el registro de organizaciones gremiales que lleva el Consejo Nacional Electoral y al no requerirse la autorización del máximo órgano comicial para efectuar la convocatoria.

3.- En cuanto a la revisión de los actos electorales, no resultan aplicables los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales que prevén la posibilidad de recurrir ante el Consejo Nacional Electoral, por cuanto la competencia para conocer y resolver recursos administrativos debe ser ejercida únicamente en el marco de una contienda electoral de naturaleza gremial, no siendo este el caso.

Ahora bien, visto que el proceso comicial cuya realización se ordenó constituye una contienda electoral con una única circunscripción nacional en la que se podrán presentar postulaciones por planchas o individualmente con carácter nacional, correspondiendo el derecho al sufragio a todos los abogados del país inscritos en el INPREABOGADO; a fin de garantizar el ejercicio de dicho derecho a nivel regional deberá contarse con el apoyo logístico e institucional de los Colegios de Abogados respectivos, los cuales de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Abogados constituyen Delegaciones del INPREABOGADO, haciendo posible de esta manera la constitución de mesas electorales en cada estado, entre otros aspectos.

Asimismo, debe aclararse que el derecho al voto será ejercido en el lugar correspondiente al Colegio de Abogados donde se encuentre inscrito el elector. Por tanto, considerando que la Ley de Abogados no prohíbe la inscripción de un profesional del Derecho en distintos Colegios a la vez, de ser este el caso, se tomará en cuenta el Colegio donde realizó la última inscripción.

En otro orden, debe señalarse que los gastos que acarrearán la realización de los comicios deberán ser sufragados por el INPREABOGADO, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Una vez señalados los anteriores lineamientos, se observa que la parte accionante pretende que el proceso electoral cuya realización ordenó la Sala se realice “...con la participación de todos los abogados del país, en forma libre, directa, universal y secreta...”.

Al respecto debe señalarse que el artículo 78 de la Ley de Abogados prevé que “[s]on miembros del Instituto de Previsión Social del Abogado todos los Abogados de la República que se hayan inscrito en un Colegio de Abogados, de conformidad con el Artículo 7° de la presente Ley...”, lo que es ratificado por el artículo 82 del Reglamento de la Ley de Abogados (corchetes de la Sala). Por tanto, únicamente los abogados que se hayan inscrito en el INPREABOGADO bajo las condiciones antes señaladas tendrán derecho a elegir a las autoridades del referido Instituto, por lo que resulta improcedente la pretensión esgrimida por los accionantes en cuanto a la participación de “...todos los abogados del país...”. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *El Poder Legislativo: Inmunidad Parlamentaria*

TSJ-SP (7)

9-4-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luisa Ortega Díaz vs. Richar M. Mardo Mardo

La inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento.

En efecto, en caso de declarar el Tribunal Supremo de Justicia que hay mérito para el caso de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, lo que no prejuzga sobre el fondo del asunto, dicho proceso no tendrá lugar si la referida Asamblea Nacional no autoriza el enjuiciamiento; es decir, gozan además estos altos funcionarios del Estado de un régimen de inmunidad, cuyo allanamiento corresponde a la Asamblea Nacional.

Así lo establece, el artículo 200 *eiusdem*, cuyo contenido es el siguiente:

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

En tal sentido, la inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento, mediante el cual el funcionario en cuestión es despojado de su inmunidad para que pueda ser juzgado penalmente ante el órgano jurisdiccional competente.

B. *El Poder Judicial*a. *Competencia del Tribunal Supremo de Justicia: Antejuiicio de mérito*

TSJ-SP (7)

9-4-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luisa Ortega Días vs. Richar M. Mardo Mardo

El antejuiicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que sólo son acreedores los altos funcionarios del Estado, que garantiza el ejercicio de la función pública y, por ende, evita la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñan cargos de alta investidura, referidos en la norma constitucional antes transcrita.

Señalado lo anterior, pasa esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia a pronunciarse respecto de su competencia para conocer de la presente solicitud de antejuiicio de mérito y a tal efecto, observa:

El artículo 266 numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

¿“Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

...omissis...

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

Así, las personas que se hallan investidas de las más elevadas funciones públicas, gozan de prerrogativas constitucionales para el ejercicio de sus funciones, siendo una de ellas el antejuiicio de mérito, cuyo conocimiento le corresponde a esta Sala Plena.

En efecto, se ha señalado en reiterados fallos que el régimen del antejuiicio de mérito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una prerrogativa establecida para las autoridades del Estado, a los fines de proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, por lo que procura la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública.

Así, el antejuiicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que sólo son acreedores los altos funcionarios del Estado, que garantiza el ejercicio de la función pública y, por ende, evita la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñan cargos de alta investidura, referidos en la norma constitucional antes transcrita.

En efecto, en caso de declarar el Tribunal Supremo de Justicia que hay mérito para el caso de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, lo que no prejuzga sobre el fondo

del asunto, dicho proceso no tendrá lugar si la referida Asamblea Nacional no autoriza el enjuiciamiento; es decir, gozan además estos altos funcionarios del Estado de un régimen de inmunidad, cuyo allanamiento corresponde a la Asamblea Nacional.

Así lo establece, el artículo 200 *eiusdem*, cuyo contenido es el siguiente:

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

En tal sentido, la inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento, mediante el cual el funcionario en cuestión es despojado de su inmunidad para que pueda ser juzgado penalmente ante el órgano jurisdiccional competente.

Ahora bien, en el caso bajo examen, el ciudadano Richard Miguel Mardo Mardo, es diputado a la Asamblea Nacional por el Estado Aragua, en efecto, la norma constitucional reconoce, -tal como se señaló anteriormente-, a los integrantes de la Asamblea Nacional, dentro de los altos funcionarios que gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito, en consecuencia, resulta pertinente destacar que el Código Orgánico Procesal Penal, señala lo siguiente:

“Artículo 376. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o de quien haga sus veces y de los altos funcionarios o funcionarias del Estado, previa querrela de el o la Fiscal General de la República”.

“Artículo 381. A los efectos de este Título, son altos funcionarios o funcionarias: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, Ministros o Ministras del Despacho, Procurador o Procuradora General de la República, Miembros del Alto Mando Militar, Gobernadores o Gobernadoras de los Estados, Diputados o Diputadas de la Asamblea Nacional, Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, y Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas de la República”.

En consecuencia, siendo que el referido ciudadano ostenta la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, corresponde a esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, declararse competente para el conocimiento de la presente solicitud, conforme a lo establecido en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en concordancia con los lineamientos establecidos en el sentencia de la Sala Plena N° 6/2010 . Así se decide.

(...)

A los fines de realizar el correspondiente pronunciamiento, esta Sala Plena considera de importancia señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1684/2008, caso: “Carlos Eduardo Giménez”, (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 116, 2008, pp. 168 y ss) estableció el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes de antejuicio de mérito, en tal sentido, señaló lo siguiente:

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

...omissis...

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

...omissis...

Este cambio de competencia constituye una situación inconsistente con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos. En el caso de los delitos comunes, el daño puede exceder la esfera jurídica de los particulares y afectar intereses de trascendencia social, pero no existe, como en los delitos políticos, la intención de quebrantar el orden jurídico y social establecido, atentando contra la seguridad del Estado, contra los Poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante. En consecuencia, en virtud de la respectiva entidad de los delitos y la distinta afectación del orden social, la competencia para el conocimiento de los delitos comunes debe corresponder a los tribunales ordinarios, mientras que en el caso de los delitos políticos el bien jurídico protegido a través del mismo es el orden jurídico y social del Estado, por lo tanto en atención a esta particularidad, tradicionalmente el conocimiento de estas conductas delictivas se le ha atribuido al Alto Tribunal de la República en Sala Plena, para que sean todos los Magistrados que lo conforman los encargados de sustanciar y decidir lo concerniente a la acusación que formule en su oportunidad la vindicta pública o quien haga sus veces contra el alto funcionario público involucrado en la comisión de un hecho punible de esa naturaleza.

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

...omissis...

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

Por su parte, el artículo 117 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Admitida la solicitud de antejuicio de mérito, la Sala Plena, dentro de los treinta días continuos siguientes convocará a una audiencia pública. Iniciada la audiencia, el o la Fiscal General de la República expondrá los argumentos de hecho y de derecho en que fundamenta su solicitud.

Seguidamente, el funcionario o funcionaria y su defensor o defensora expondrán los alegatos correspondientes y contarán, en conjunto, con el mismo tiempo concedido al máximo representante del Ministerio Público, Se admitirá réplica y contrarréplica (...)”

De igual forma, el artículo 379 del Código Orgánico Procesal Penal, ordena:

“Recibida la querella, el Tribunal Supremo de Justicia convocará a una audiencia oral y pública dentro de los treinta días siguientes para que el imputado o imputada dé respuesta a la querella. Abierta la audiencia, el o la Fiscal General de la República explanará la querella. Seguidamente, el defensor o defensora expondrá los alegatos correspondientes. Se admitirán réplica y contrarréplica.

El imputado o imputada tendrá la última palabra. Concluido el debate el Tribunal Supremo de Justicia declarará, en el término de cinco días siguientes, si hay o no mérito para el enjuiciamiento”.

En consecuencia, atendiendo al procedimiento establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1684/2008 caso: “*Carlos Eduardo Giménez*”, en concordancia con el artículo 117 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 379 del Código Orgánico Procesal Penal, antes transcritos, vista la referida solicitud de antejuicio de mérito y verificados los requisitos de procedencia de la solicitud incoada por la ciudadana Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, **LUISA ORTEGA DÍAZ** contra el ciudadano **RICHARD MIGUEL MARDO MARDO**, por la presunta comisión de hechos punibles referidos a Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales; conforme lo dispuesto en el artículo 268 del Código Orgánico Procesal Penal -aplicable supletoriamente conforme lo establece el artículo 118 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia-, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la **ADMITE** en cuanto ha lugar en derecho. Así se declara.

TSJ-SC (993)

16-7-2013

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena vs. Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

La prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un alto cargo, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario.

Declarado el presente caso como un asunto de mero derecho, la Sala procede a resolver el mérito del amparo y, a tal efecto, observa:

Ha sido jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal que el privilegio o prerrogativa procesal del antejuicio de mérito es un procedimiento especial previo “*instaurado en virtud de la querella del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los*

altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República (...)" (vid. sentencia de la Sala Plena de mayo de 2000, caso: *Luis Manuel Miquilena Hernández*).

Esta prerrogativa procesal, que está contenida en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra desarrollada, entre otros textos normativos, en el Capítulo IV de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el Título V del Código Orgánico Procesal Penal y su aplicación corresponde a aquellos casos en los cuales exista un posible enjuiciamiento penal del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva; de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del Tribunal Supremo de Justicia; de los ministros o ministras del Poder Popular; del Procurador o Procuradora General de la República; del o la Fiscal General de la República; del Contralor o Contralora General de la República; del Defensor o Defensora del Pueblo; del Defensor Público o Defensora Pública General, de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral; de los gobernadores o gobernadoras; oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de comando y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República.

La prerrogativa del antejuicio de mérito le corresponde conocerla y decidirla a la Sala Plena de este Alto Tribunal, previa querrela interpuesta por el Fiscal o la Fiscal General de la República, quien deberá acompañar, con el objeto de que se resuelva la petición, los recaudos probatorios que considere necesarios que hagan verosímiles los hechos que explana en la solicitud del antejuicio de mérito.

Ante la necesidad de que el Fiscal o la Fiscal General de la República haga posible la verosimilitud de los hechos establecidos en la querrela, la Sala considerada que, en la mayoría de los casos, esos recaudos probatorios provienen ineludiblemente de una investigación penal abstracta previa, en la cual pueden surgir elementos de convicción que permitan atribuir la autoría o participación de un presunto hecho punible a un funcionario que goza del antejuicio de mérito. En esta oportunidad, en la que se individualiza la investigación hacia el funcionario de Alta Investidura, es cuando entra en rigor la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, la cual debe cumplirse antes de cualquier otro acto de investigación, debido a que ya existen fundados elementos que, necesariamente, van a encaminar dicha investigación contra el Alto Funcionario, quien tendrá el derecho, en el caso de que se estime que existe mérito para su enjuiciamiento, de ser notificado de los cargos por los cuales se investiga, como lo señala el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Lo anterior, tiene una justificación lógica; que consiste en que la prerrogativa del antejuicio de mérito persigue "la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de las políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones, infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos" (vid. sentencias de la Sala Plena del 12 de julio de 2000, caso: *Jesús Fernando González Cazorla* y del 5 de mayo de 2000, caso: *Pedro Mantellini González*, acogida esta última por la Sala Constitucional en sentencia N° 233 (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 101. 2005. pp. 141 y ss)

De modo que, el antejuicio de mérito procura resguardar la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público, evitando que, por denuncias temerosas, se interrumpa el funcionamiento del Estado realizado por los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, o que con ello se evite la ejecución de determinadas políticas públicas.

Por lo tanto, la Sala destaca que la prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un cargo de alta investidura, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario, por lo que necesariamente va a depender, para su aplicación, si dicho funcionario desempeña el cargo que es compatible con su alta investidura en la oportunidad en que solicite su inicio.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que decretó: a) la nulidad absoluta del acto de imputación y de la acusación fiscal, del 8 de julio de 2008 y 8 de diciembre de 2008, en su orden; b) la nulidad absoluta de la investigación fiscal; y c) la remisión de las actas penales al Ministerio Público, con el objeto de que se solicite el antejuicio de mérito en contra del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer; en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que debe tener la declaración jurada de patrimonio.

A, tal efecto, la Sala observa:

Se constata de las actas que integran la causa penal primigenia, consignada por la parte actora en original, los siguientes hechos incontrovertidos:

1.- Que, el 14 de enero de 2002, la Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, en virtud de “*diversos reportajes publicados en diversos diarios nacionales, en los cuales se hace referencia a presuntos hechos irregulares cometidos en el Proyecto ‘PLAN BOLÍVAR(sic) 2000’ y el Fondo de Desarrollo Urbano (FONDUR)*”, ordenó el inicio de la investigación “a los fines de esclarecer los hechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 300 en concordancia con el artículo 283 ambos del Código Orgánico Procesal Penal (folio 35 del anexo 3 del expediente).

2.- Que, el 1° de febrero de 2002, la referida Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público libró oficio N° DF-17-ANN-077-2002, mediante el cual le solicitó al Contralor General de la República que se verificara las declaraciones juradas de patrimonio que presentó el General de División (Ej) Víctor Antonio Cruz Weffer (folio 37 del anexo 3 del expediente).

3.- Que, el 3 de junio 2003, el entonces Ministerio de la Defensa dictó la Resolución N° DG-22250, mediante la cual se pasó a la situación retiro “*con fecha 05 de julio de 2003*”, al General de División Víctor Antonio Cruz Weffer, por “**TIEMPO DE SERVICIO CUMPLIDO**” (folios 109 y 110 del anexo 3 del expediente).

4.- Que, el 31 de enero de 2007, la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Contraloría General de la República realizó el informe final de la verificación de las declaraciones juradas de patrimonio del ciudadano División Víctor Antonio Cruz Weffer, recomendando que se comunique a la Fiscalía Décima Séptima con Competencia Plena a Nivel Nacional “*de conformidad con las atribuciones conferidas a esta Contraloría General en la Ley Contra La Corrupción*” (folios 183 al 217 del anexo 14 del expediente).

5.- Que, el 18 de abril de 2007, la Fiscalía Quincuagésima Quinta con Competencia Plena a Nivel Nacional imputó al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, atribuyéndole los siguientes hechos punibles: enriquecimiento ilícito, falseamiento u ocultamiento de datos de la declaración jurada de patrimonio y concierto con funcionario público con contratista (folios 15 al 17 del anexo 15 del expediente).

6.- Que, el 8 de diciembre de 2008, el Ministerio Público acusó al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que deba tener la declaración jurada de patrimonio (folios 2 al 98 de la pieza 2 del expediente).

7.- Que, el 22 de julio de 2009, el Juzgado Cuarto de Control del Área Metropolitana de Caracas celebró la audiencia preliminar en la que admitió la acusación fiscal y ordenó el inicio del juicio oral y público del referido acusado (folios 31 al 123 de la pieza 3 del expediente).

8.- Que, el 29 de marzo de 2011, el Juzgado Décimo Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas absolvió al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, de los hechos punibles que les atribuyó el Ministerio Público (folios 282 al 388 de la pieza 4 del expediente).

9.- Que, el 14 de marzo de 2012, la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público; anuló la sentencia absolutoria dictada, el 29 de marzo de 2011, por el Juzgado Décimo Cuarto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal; y ordenó la nueva celebración del juicio oral y público del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer (folios 37 al 81 de la pieza 6 del expediente).

10.- Que, el 23 de julio de 2012, el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas decretó, previa solicitud realizada por la defensa privada del imputado, la nulidad absoluta del acto de imputación y la acusación fiscal; y ordenó la remisión de las actas contentivas del expediente penal al Ministerio Público *“a los fines de que este órgano decida imputar definitivamente o no, procediendo a pedir el antejuicio de merito (sic) por intermedio de la Fiscal General de la República, o proceda a archivar el expediente (...), o a solicitar el sobreseimiento en los lapsos previsto (sic) en la ley adjetiva penal”* (folios 171 al 201 de la pieza 6 del expediente).

11.- Que, el 17 de septiembre de 2012, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, adversada con el presente amparo (folios 132 al 210 de la pieza 7 del expediente).

Ahora bien, los anteriores hechos no controvertidos demuestran, a juicio de la Sala, que no era necesario solicitar el inicio del procedimiento especial del antejuicio de mérito del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer en la causa penal seguida en su contra, toda vez que en la oportunidad procesal en la que se determinó que existían elementos fundados para atribuirle la comisión de varios hechos punibles, en la investigación penal abstracta que realizó el Ministerio Público, dicho ciudadano había pasado a situación de retiro y, por lo tanto, no ejercía las funciones de comando como General de División del componente Ejército de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

En efecto, en la investigación penal que inició, en forma abstracta, la Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, se determinó, el 31 de enero de 2007, a raíz de un informe que elaboró la Contraloría General de la República en esa fecha, que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer podía ser autor de tres presuntos hechos punibles, por lo que, desde ese momento, esa investigación estaba encaminada en su contra. Dejó de ser una investigación abstracta y pasó a ser una investigación dirigida en contra de un ciudadano particular.

En ese estado de la causa penal, dicho ciudadano ya había pasado a situación de retiro (el “05 de julio de 2003”), por lo que, cuando fue imputado por la Fiscalía Quincuagésima Quinta con Competencia Plena a Nivel Nacional el 18 de abril de 2007, ya no gozaba de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, toda vez que no había necesidad de resguardar ninguna función pública esencial del Estado, por no ejercer dicho ciudadano alguna función de comando compatible con el cargo de General de División.

La anterior afirmación se encuentra reforzada por las decisiones dictadas, el 2 de febrero de 2006, por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena de este Alto Tribunal, las cuales se traen a colación en uso de la notoriedad judicial, en la cuales se señaló lo siguiente:

En la primera, se indicó:

Por otro lado podemos observar que es un hecho público y notorio que el ciudadano Lucas Rincón Romero, no ejerce el cargo de Ministro del Interior y Justicia. Por tanto, este Juzgado de Sustanciación al evidenciar que el referido ciudadano ya no goza de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a que se refiere el ordinal 3° del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estima que dicha solicitud es inadmisibile. Así se decide (vid. sentencia N° 20/2006, caso: Hernán José Rojas Pérez).

Y en la segunda, se señaló:

En lo que respecta a los ciudadanos José Luis Prieto, Jorge Miguel Sierraalta Zavarce, Luis Alfredo Torcatt Sanabria, Julio José García Montoya, Ángel Federico Valecillos Ríos, Eugenio Gutiérrez Ramos y Fernando Miguel Camejo Arenas, se observa que para el momento de la interposición de la querrela en sus contra, efectivamente ostentaban la condición de altos funcionarios de la Fuerza Armada Nacional por lo que resulta indiscutible que sus funciones públicas para ese entonces, los hacían acreedores de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, todo de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 266 Constitucional, y al subsumirse la petición bajo el examen en el supuesto previsto en el fallo N° 1.331 del 20 de junio de 2002 de la Sala Constitucional, ut supra transcrito, este Juzgado de Sustanciación se declara competente para conocer de la misma y proveer lo que fuere conducente. Así se decide.

(...)

Como consta del expediente, mediante oficio N° 5121 de fecha 2 de noviembre de 2005, suscrito por Ministro de la Defensa, ciudadano Almirante (ARV) Orlando Maniglia Ferreira, los ciudadanos José Luis Prieto, Jorge Miguel Sierraalta Zavarce, Luis Alfredo Torcatt Sanabria, Julio José García Montoya, Ángel Federico Valecillos Ríos, Eugenio Gutiérrez Ramos, Fernando Miguel Camejo Arenas, se encuentran en situación de retiro, razón por la cual es evidente que los mismos ya no gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a que se refiere el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, causa suficiente para que este Juzgado de Sustanciación estime que dicha solicitud contra los referidos ciudadanos es inadmisibile. Así se resuelve (vid. sentencia N° 18/2006, caso: Gonzalo García Ordoñez).

De manera que, al no gozar el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer del privilegio del antejuicio de mérito, la Sala concluye que en el proceso penal que motivó el amparo no se evidencia la falta de aplicación de lo señalado en el artículo en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo tanto, la Sala colige que la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, adversada con el presente amparo, cercenó el derecho a la

tutela judicial efectiva del Ministerio Público, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto ordenó una reposición *contra legem*, causando una dilación indebida en un proceso penal seguido al imputado desde el 31 de enero de 2007, cuando se determinó su posible autoría de los hechos investigados.

Además, debe destacarse que, aún bajo el supuesto de que dicho imputado gozara desde que se inició el proceso penal en su contra de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, tampoco le era permitido en derecho a la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas anular, el 17 de septiembre de 2012, el proceso penal y ordenar su reposición al estado de que la Fiscal General de la República estimase solicitar el antejuicio de mérito, ya que, al momento en que ese juzgado colegiado dictó su decisión, ya había decaído con creces el objeto principal de la prerrogativa procesal, esto es, el resguardo de la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público, todo ello en virtud de que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer se encontraba en situación de retiro y, por lo tanto, no ejercía ningún cargo de Alta Investidura. Se insiste, la prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un alto cargo, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario y ello debió ser motivo de análisis de los jueces integrantes de la referida Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones cuando dictaron el pronunciamiento adversado con el amparo.

De modo que, los jueces integrantes de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, al decretar una reposición de una causa penal no ajustada a derecho, cercenó el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Público establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no cumpliendo con su deber previsto en el artículo 334 *eiusdem*, que les imponía ser custodios, dentro del ámbito de su competencia, de asegurar la integridad de la Carta Fundamental, esto es, velar que en los procesos se cumpla con los principios, reglas y normas contenidas en la Carta Magna. Con su decisión, crearon una dilación indebida proscrita por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, la Sala estima, dada la inobservancia de lo señalado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los Jueces Elsa Janeth Gómez Moreno, Orlando Carvajal y Carlos A. Navarro, como integrantes de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, así como el Juez Wilmer José Wettel Cabeza, integrante del Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del Circuito Judicial Penal, incurrieron en un error inexcusable, lo que trae como consecuencia, conforme con lo señalado en el artículo 53 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana y con base en lo asentado por la Sala en la sentencia N°280 del 23 de febrero de 2007 (caso: *Guillermina Castillo De Joly y otro*), que se ordene la remisión de una copia certificada de la presente decisión al Presidente del Tribunal Disciplinario Judicial, con el objeto de que se inicie el respectivo procedimiento disciplinario en su contra, al haber actuado en forma grotesca.

En consecuencia, visto que el presente asunto fue declarado de mero derecho, lo cual permite que se resuelva inmediatamente el fondo de la presente controversia, la Sala, dada la evidente violación del derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Público, declara con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta por los abogados Daniel Guédez Hernández, Lucy Correa y Agnedys Martínez Barceló, en su condición de Fiscal Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Fiscal Auxiliar Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Décima Séptima del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, respectivamente,

contra la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, la cual se anula. Así se decide.

b. *Régimen de los Jueces*

a' *Recusaciones de los jueces*

TSJ-SE (388)

27-5-2013

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Henrique Capriles Radonski vs. Elección presidencial del 14 de abril de 2013.

La Sala Electoral analiza las recusaciones interpuestas contra magistrados de esa Sala, en el marco del procedimiento contencioso electoral contra la elección presidencial del 14 de abril de 2013.

Previo al análisis de las recusaciones contenidas en autos, deben señalarse los fundamentos que determinan la competencia de quien suscribe para resolverlas y, a tal efecto, se observa que el artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé lo siguiente:

Artículo 57: Cuando la inhabilitación sea parcial y se produjere en el Tribunal en Sala Plena, se procederá según lo dispuesto en este capítulo. Pero, si se produjere recusación o inhabilitación en otras Salas, el conocimiento de la incidencia corresponderá al Presidente o Presidenta de la respectiva Sala, a menos que se hallare entre los recusados o inhabilitados, en cuyo caso, conocerá su Vicepresidente o Vicepresidenta, y si éste o ésta también estuviese impedido o impedida, decidirá el Magistrado o Magistrada, o suplente no inhabilitado, ni recusado, a quien corresponda conocer, teniendo en cuenta el orden en que aparezcan en las listas de que formen parte, respectivamente. La convocatoria de los o las suplentes compete al Presidente o Presidenta de la Sala respectiva. (Destacado añadido).

De la norma transcrita se desprende que, en principio, corresponderá al Presidente de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia conocer de las recusaciones interpuestas contra los demás Magistrados que integren la Sala respectiva. No obstante, en aquellos casos en los cuales el recusado sea quien se desempeñe como Presidente, corresponderá decidir al Vicepresidente, salvo que hayan sido recusados ambos, supuesto bajo el cual corresponderá decidir al Magistrado que prosiga según el orden previamente establecido.

Ello así, se constata que en el caso de autos se planteó la recusación conjunta de los Magistrados Jhannett Madríz Sotillo y Malaquías Gil Rodríguez, quienes para el momento en que fueron recusados se desempeñaban como Presidenta y Vicepresidente de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, razón por la cual mediante auto del 7 de mayo de 2013 se pasó el expediente al Magistrado quien suscribe, a fin de decidir respecto a la admisibilidad de tales recusaciones, en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia antes referido, por ser el Magistrado que proseguía en el orden preestablecido.

En tal sentido, debe acotarse que en sesión de Sala Plena efectuada el día 8 de mayo de 2013, se resolvió modificar el orden interno de la Sala Electoral, siendo designado como su Presidente el Magistrado Fernando Ramón Vegas Torrealba (*Vid.* acta levantada en esa misma fecha publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.165 del 13 de mayo de 2013), por lo que, en principio, a partir de dicha fecha corresponderá a dicho Magistrado la decisión de aquellas recusaciones efectuadas contra los demás

Magistrados que integran esta Sala. No obstante lo expresado, considerando que las recusaciones contenidas en autos fueron admitidas y sustanciadas por quien suscribe, por ser el Magistrado facultado para ello en aquella oportunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, dada la situación planteada para ese momento; en cumplimiento del principio de inmediación y en resguardo de la seguridad jurídica, corresponde a quien suscribe dictar la decisión respecto al mérito de tales recusaciones. Así se declara.

Análisis de las Recusaciones:

Señalado lo anterior, se pasa a resolver las recusaciones planteadas para lo cual se observa lo siguiente:

La recusación constituye una figura procesal prevista por el ordenamiento jurídico que permite a las partes intervinientes en una controversia judicial procurar la imparcialidad del juez que deberá decidir el litigio.

En efecto, mediante la recusación se pretende la separación del juez subjetivamente incompetente por encontrarse cuestionada su imparcialidad para resolver el asunto sometido a su conocimiento, dada la situación individual en la que se encuentra respecto a las partes o en relación con el objeto litigioso. Por tanto, en principio, la recusación procede ante la verificación de alguna de las causales previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, las cuales resultan aplicables supletoriamente a los procesos judiciales que cursan ante el Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica que rige sus funciones, aun cuando la jurisprudencia emanada de este Máximo Tribunal ha admitido la posibilidad de invocar causales adicionales (*Vid.* sentencias N° 2140 del 7 de agosto de 2003 y N° 125 del 20 de febrero de 2008, entre otras, emanadas de la Sala Constitucional).

En tal sentido, debe señalarse que quien pretenda recusar a un juez deberá alegar las circunstancias precisas que afectan su imparcialidad y tendrá la carga de aportar los medios probatorios que evidencien los hechos enunciados.

Precisado lo anterior, de seguidas serán analizadas separadamente las recusaciones propuestas en la presente causa.

1.- Recusación interpuesta contra la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo:

Se evidencia que respecto a la referida Magistrada, la parte actora invoca las causales de recusación contenidas en los numerales 12 y 15 del artículo 82 Código de Procedimiento Civil pues, a su criterio, ésta tendría "...intereses políticos comunes tales que comprometen seriamente su imparcialidad..." y por cuanto habría adelantado opinión respecto a la solicitud de auditoría planteada por el ciudadano Henrique Capriles Radonski ante el Consejo Nacional Electoral, "...solicitud que tiene relación directa con el presente juicio...". Por tal motivo, se procederá de seguidas a analizar si se configura o no cada una de las causales alegadas.

A) Análisis de la situación planteada respecto a la causal de recusación prevista en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil prevé lo siguiente:

Artículo 82: Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causales siguientes:

12. Por tener el recusado sociedad de intereses, o amistad íntima, con alguno de los litigantes.

Del contenido de la norma transcrita se desprenden dos situaciones diferenciadas que justifican la separación del juez de la causa sometida a su conocimiento, como son: i.- La existencia de una “sociedad de intereses” o; ii.- La existencia de “amistad íntima”, con alguno de los litigantes.

Dichos supuestos pueden presentarse de manera separada o concurrente, sin embargo, debe tratarse de situaciones concretas existentes para el momento en el cual se plantea la recusación, de allí que corresponda a la parte recusante la carga de alegar y probar en autos las circunstancias que evidencien la configuración de cada uno de tales supuestos.

En tal sentido, el primer caso referido a la existencia de una “sociedad de intereses”, implica la unión o alianza entre dos o más individuos en aras de la obtención de un objetivo común. En efecto, una sociedad constituye una “...agrupación natural o pactada de personas, que constituye unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida...” (Vid. E. Calvo Baca. *Terminología Jurídica Venezolana*. Ediciones Libra. 2011, p. 788). Así, toda sociedad supone la existencia de intereses comunes.

Por su parte, el segundo supuesto referido a la existencia de una “amistad íntima” implica la manifestación de lazos profundos entre la persona del juez y alguna de las partes, que conlleven a un trato frecuente, cercano y afectivo. Así, la amistad íntima, “...como apreciación subjetiva enmarcada dentro de las máximas de experiencia, puede definirse: ‘Como grande familiaridad o frecuencia de trato entre dos personas o un grupo de ellas, que genere un sentido de obligación entre quienes se profesan’...” (Vid. E. Calvo Baca. *op. cit.* p. 75).

Adicionalmente se observa que el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil exige que la “sociedad de intereses” o la “amistad íntima” se configuren entre el juez y alguno de los litigantes. Ello resulta relevante destacarlo en la presente causa por cuanto los alegatos esgrimidos por los recusantes se refieren a situaciones que, a su criterio, evidenciarían la vinculación existente entre la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, el Presidente de República Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), sin que estos últimos sean parte formalmente en la presente causa pues, de momento, la controversia ha sido planteada entre el ciudadano Henrique Capriles Radonski (parte recurrente) y el Consejo Nacional Electoral (parte recurrida).

Sin embargo, considerando que mediante el recurso contencioso electoral interpuesto se impugna el proceso electoral llevado a cabo por el Máximo Ente Comicial en virtud del cual el ciudadano Nicolás Maduro Moros, postulado por una serie de partidos políticos entre los que figuró el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), fue electo como Presidente de la República, se considera necesario efectuar el análisis de las causales de recusación invocadas, dado el evidente interés de dicho ciudadano así como de la referida organización con fines políticos en las resultas del juicio.

Aclarado lo anterior, visto que los recusantes no hacen mención expresa a la eventual “amistad íntima” existente entre la Magistrada recusada y alguna de las partes o interesados, resulta innecesario analizar la configuración de dicho supuesto, por lo que el análisis se circunscribirá respecto a la existencia de la denominada “sociedad de intereses”.

En efecto, se observa que los recusantes invocan únicamente el primer supuesto de recusación previsto en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, referido a la existencia de la advertida “sociedad de intereses”, pues señalan en su escrito que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, dada “...su anterior vinculación jerárquica dentro de la carrera diplomática respecto del entonces Canciller Nicolás Maduro y su directa vinculación

al Partido Socialista unido (sic) de Venezuela (PSUV), implican la existencia de intereses políticos comunes tales que comprometen seriamente su imparcialidad...”. Así, la parte recusante sostiene que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría desempeñado el cargo de Embajadora de la República Bolivariana de Venezuela en Canadá en el año 2010, momento durante el cual el hoy Presidente en ejercicio Nicolás Maduro Moros cumplía funciones como Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, lo que, a criterio de los recusantes, afectaría la imparcialidad de la recusada en virtud de la “relación jerárquica funcional directa” sostenida en su momento entre ambos funcionarios.

Igualmente señalan que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo fue “...Diputada y Presidente del Parlamento Andino, resultando electa inicialmente por el MVR...”, lo que implicó su participación activa “...en la política exterior de Venezuela, área de la cual el ciudadano Nicolás Maduro Moros fue Ministro.”

Finalmente indican que “...dicha Magistrada fue aspirante a candidata del PSUV para la Gobernación del Estado Falcón en las elecciones internas de ese partido efectuadas en 2008...” y que en declaración realizada por la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo plasmada en “...varios diarios internacionales, nacionales y regionales...” habría manifestado su opinión respecto al ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías.

De esta manera se observa que la “sociedad de intereses” planteada por los recusantes en el caso bajo análisis como “existencia de intereses políticos comunes”, se sustenta en dos situaciones, a saber: 1.- El desempeño por parte de la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo de cargos relacionados con la política exterior del Estado venezolano (Embajadora – Diputada al Parlamento Andino) y; 2.- Su presunta militancia en el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV).

Así, respecto al desempeño de cargos cuyas funciones se encuentran relacionadas con la política exterior del Estado venezolano, la Magistrada recusada señala que, en efecto, se desempeñó como Embajadora de la República Bolivariana de Venezuela en Canadá durante el año 2010, pero considera que tal circunstancia “...no significa la existencia de una relación jerárquica de carácter personal con el ciudadano Nicolás Maduro...”.

En tal sentido debe señalarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Servicio Exterior, las misiones diplomáticas se encuentran subordinadas al Presidente de la República por órgano del Ministerio de Relaciones Exteriores (hoy Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores), no obstante, dicha subordinación funcional no constituye un elemento del que, en los actuales momentos, pueda desprenderse la existencia de una “sociedad de intereses” entre el Presidente Nicolás Maduro Moros y la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, que pudiese afectar la imparcialidad de ésta última, pues además de que esta circunstancia no encuadra en la calificación de “sociedad de intereses”, tal vinculación se extinguió desde el momento en que se produjo el cese de sus funciones como Embajadora en Canadá y asumió el cargo de Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que es evidente que se trata de un vínculo que no mantiene su vigencia y, por tanto, no la hace incurrir en la causal de recusación invocada, no habiendo sido alegada ni probada alguna circunstancia adicional que permita constatar que actualmente subsista alguna relación de subordinación de cualquier índole entre la Magistrada recusada y el Presidente de la República.

Similar circunstancia ocurre respecto a la situación planteada por el desempeño del cargo de Diputada al Parlamento Andino, considerando que ni la Magistrada recusada desempeña actualmente tales funciones ni el ciudadano Nicolás Maduro Moros es Canciller, a lo que cabe agregar que el referido cargo parlamentario era de elección popular, no dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo, por tanto, no subordinado a las directrices emanadas del

Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, de allí que tampoco bajo tal supuesto se evidencie una “sociedad de intereses” que conlleve a la referida Magistrada estar incurso en la causal de recusación alegada.

Resuelto lo anterior, se observa que los recusantes también invocan la “existencia de intereses políticos comunes” entre el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), el Presidente Nicolás Maduro Moros y la Magistrada recusada, en virtud de haber desempeñado ésta última el referido cargo de Diputada al Parlamento Andino, siendo postulada inicialmente por el extinto partido político Movimiento Quinta República, transformado posteriormente en PSUV. Asimismo, por haber participado en las elecciones internas efectuadas por dicha organización con fines políticos, en las cuales se eligió a su candidata a gobernadora para el estado Falcón en el año 2008 y, finalmente, por haber manifestado una opinión respecto al hoy fallecido ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías.

En relación con lo expuesto, la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo aun cuando admitió en su informe que militó en el Partido Socialista Unido de Venezuela, señaló que el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que para ser Magistrado o Magistrada se debe renunciar a cualquier militancia político-partidista, razón por la cual el 11 de octubre de 2010 renunció a la militancia política en la referida organización con fines políticos, presentando adicionalmente juramento ante la Notaría Pública Vigésima del Municipio Libertador del Distrito Metropolitano de Caracas en fecha 14 de octubre de 2010, a fin de dejar constancia auténtica de dicha renuncia.

Ello así, a los folios 194 al 197 del expediente, consta declaración jurada efectuada por la Magistrada recusada ante la Notaría Pública Vigésima del Municipio Libertador del Distrito Capital, en fecha 14 de octubre de 2013, (cuya original fue presentada ante la Secretaría de esta Sala *ad effectum videndi*), en la que señaló lo siguiente:

Yo, JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO, venezolana, mayor de edad, de profesión Abogada, titular de la cédula de identidad Nro. 6.928.872 bajo Fe de Juramento por medio del presente instrumento, debidamente autenticado, declaro que he renunciado a la militancia que ejercía en el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), por lo que en la actualidad no tengo militancia con organización política alguna.

De dicha declaración se desprende la clara y expresa voluntad de la Magistrada recusada de renunciar a su militancia política en el Partido Socialista Unido de Venezuela, circunstancia que le permitió ser designada Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2010, pues tal como refirió en su escrito, quien aspire a dicho cargo debe “[r]enunciar a cualquier militancia político-partidista...” en aplicación de lo previsto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (corchetes añadidos).

En efecto, constituye un hecho acreditado en autos la renuncia de la Magistrada recusada a la militancia en cualquier organización con fines políticos. En tal sentido, la declaración rendida bajo juramento y ante notario público está investida de una presunción de buena fe que permite suponer que desde el momento de materializarse la renuncia a su militancia, la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo también se ha desligado de todo interés vinculado con cualquier organización política, en especial, con el Partido Socialista Unido de Venezuela, correspondiendo a quien pretenda sostener la subsistencia de intereses comunes (“sociedad de intereses”) como causal de recusación, la carga de alegar y demostrar su configuración, lo cual debe hacerse necesariamente con base en hechos o situaciones actuales. Tal circunstancia no se configuró en el caso bajo análisis por cuanto los recusantes únicamente alegaron y probaron una situación verificada hasta hace aproximadamente tres (3) años, como fue la extinta militancia política de la Magistrada recusada (reconocida por ésta), pero no demost

ron que actualmente existan intereses comunes entre dicha Magistrada, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, de allí que no ha sido desvirtuada la presunción de buena fe contenida en la declaración jurada inserta en autos y, por tanto, con base en ello no es posible cuestionar la imparcialidad de la Magistrada para conocer del recurso contencioso electoral interpuesto.

Finalmente, respecto a la presunta declaración realizada por la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo contenida en "...varios diarios internacionales, nacionales y regionales..." en la que habría manifestado conceptos respecto al ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, más allá de observarse expresiones respetuosas hacia éste, no se desprenden elementos que permitan suponer la existencia de una "sociedad de intereses" entre la Magistrada recusada, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela.

Por tanto, en virtud de las consideraciones expuestas se concluye que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo no se encuentra incurso en la causal de recusación contenida en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

B) Análisis de la situación planteada respecto a la causal de recusación prevista en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil prevé lo siguiente:

Artículo 82: Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causales siguientes:

(...)

15. Por haber el recusado manifestado su opinión sobre lo principal del pleito o sobre incidencia pendiente, antes de la sentencia correspondiente, siempre que el recusado sea el Juez de la causa.

La norma citada establece el prejuzgamiento como causal de recusación, entendido éste como la opinión clara y concreta manifestada por el juez respecto al contenido principal del litigio o en relación con alguna incidencia surgida durante su desarrollo, siempre y cuando dicha opinión emane del juez a quien corresponda decidir y que la misma sea revelada antes de dictar la respectiva decisión.

Dicha causal lleva implícita la concepción del proceso judicial, con sus diversas fases, como el mecanismo idóneo para hallar la verdad procesal que será declarada por el juez en su sentencia, una vez concluido el debate litigioso. De allí que se considere al adelanto de opinión como elemento condicionante de la actividad procesal de las partes, convirtiendo el juicio en una mera formalidad, pues será evidente que el juez ya poseerá un criterio preconcebido respecto a lo que deberá decidir, aun sin haber analizado los alegatos y pruebas aportados por las partes.

Por tal motivo debe tratarse de una opinión clara y directa respecto al caso concreto sometido al conocimiento del juez. No se trata de una opinión general y abstracta sobre un asunto, ni implica un pronunciamiento relacionado con casos similares surgidos en causas judiciales distintas a la que debe resolver.

Precisado lo anterior, se observa que los recusantes al invocar la causal de recusación contenida en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hacen referencia a una información presuntamente publicada en un diario de circulación nacional en la que se señala que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría suministrado a diversos medios de

comunicación un supuesto documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, lo cual, a criterio de la parte recusante, constituiría “...un evidente adelanto de opinión de la Presidenta de esa Sala Electoral respecto de la solicitud planteada el 14 de abril de 2013 y formalizada el día 17 del mismo mes y año por el candidato Henrique Capriles ante el CNE, a fin de que se realizara una auditoría de todos los instrumentos de votación para verificar la veracidad de los resultados electorales, solicitud que tiene relación directa con el presente juicio...”.

Al respecto la Magistrada recusada alega que “...para la procedencia de dicha causal de recusación, resulta menester que los argumentos emitidos por el juzgador sean tan directos con lo principal del asunto, que quede preestablecido un concepto sobre el fondo de la controversia concreta sometida a su conocimiento.”

Asimismo añade que “...resulta ineludible que la opinión adelantada por el juzgador haya sido emitida dentro de la causa sometida a su conocimiento...” y rechaza “...que haya emitido opinión sobre el objeto a que se contrae el recurso contencioso de nulidad interpuesto por los recusantes en fecha 2 de mayo de 2013, pues el documento distribuido no es de [su] autoría...” (corchetes añadidos).

Señalado lo anterior, se observa que los recusantes transcribieron parcialmente en su escrito de recusación el texto de la supuesta opinión que habría manifestado la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, contenida en documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, reflejada en el diario El Nacional en su edición del día 18 de abril de 2013. Asimismo, durante la articulación probatoria consignaron como documental la versión impresa de dicha información, publicada en la página web del referido diario, observándose en ambos casos que la supuesta opinión, transcrita parcialmente en tal documental, fue del siguiente tenor:

El término conteo manual es una expresión que no se corresponde con los procesos automatizados. En nuestra legislación electoral sólo se hace referencia al conteo manual cuando en alguna mesa no se ha utilizado el sistema automatizado o en el caso del proceso de votación en el extranjero (...) Al no estar establecido en la ley otro modo de verificación ciudadana después del cierre, el Poder Electoral no puede realizarla. (sic).

Ello así, aun cuando los recusantes alegan que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría suministrado a diversos medios de comunicación el mencionado documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, llama la atención que no hayan aportado un ejemplar del mismo, impidiendo con ello la verificación de quién o quiénes lo suscribieron y de cuál es su contenido completo.

Ello resulta relevante destacarlo en virtud de que la Magistrada recusada niega que tal documento sea de su autoría, observándose que los recusantes no demostraron lo contrario en la oportunidad procesal correspondiente, circunstancia que sería suficiente para descartar los motivos de la recusación planteada.

No obstante lo anterior, a fin de reiterar el no prejuzgamiento por parte de la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo debe señalarse que, aun ante el supuesto negado de que el documento al que se ha hecho mención fuese de su autoría, de la transcripción parcial suministrada se desprende que el mismo únicamente contiene una declaración general referida al “...término conteo manual...” como excepción al sistema automatizado y concluye con una frase aislada, extraída de su contexto, según la cual “al no estar establecido en la ley otro modo de verificación ciudadana después del cierre, el Poder Electoral no puede realizarla”, observándose que dicha frase no guarda relación lógica con la cita que le antecede.

En tal sentido, debe señalarse que el objeto principal de la causa de autos lo constituye la interposición de un recurso contencioso electoral contra el proceso electoral efectuado el 14 de abril de 2013 mediante el cual se eligió al Presidente de la República para culminar el período 2013-2019, observándose que se invoca el numeral 2 del artículo 215 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales que prevé la nulidad de la elección "...cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno o violencia, en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate."

Asimismo se constata que la parte actora pretende mediante el recurso interpuesto que la Sala Electoral:

2.- DECLARE CON LUGAR la presente demanda de nulidad, y en consecuencia:

2.1.- ANULE la elección presidencial del 14 de abril de 2013, de acuerdo al artículo 215.2 de la LOPRE;

2.2.- ORDENE AL CNE PROCEDER A CONVOCAR A NUEVAS ELECCIONES, garantizando que el nuevo proceso comicial se realice en condiciones objetivas y transparentes, lo que implica depurar todos los vicios que, aquí denunciados, degeneraron en hechos de "corrupción electoral". A tal fin, solicitamos que en la sentencia definitiva, esa SALA ELECTORAL ordene la realización de todas las actuaciones necesarias para depurar al proceso electoral de los vicios aquí denunciados, entre otros, relacionados con (i) el REP; (ii) la composición y funcionamiento de los centros y mesas electorales, incluyendo la ESTACIÓN DE INFORMACIÓN y el SAI; (iii) la campaña electoral, en la cual deberá asegurarse el recto cumplimiento de las limitaciones legales y reglamentarias aplicables; (iv) la objetividad y transparencia en la realización del acto de votación y actuaciones posteriores. En especial, requerimos que en la sentencia definitiva se tomen las medidas necesarias para asegurar que el funcionamiento del CNE y demás órganos del Poder electoral, cumpla con los postulados de imparcialidad, objetividad y transparencia aplicables.

Al respecto se observa que la realización de un "conteo manual" o de una auditoría no constituye el objeto de la pretensión esgrimida por los recurrentes, pues se evidencia que estos pretenden la declaratoria de nulidad de las elecciones efectuadas el 14 de abril de 2013 y que se ordene al Consejo Nacional Electoral convocar un nuevo proceso electoral.

Asimismo, en sentido contrario, la no realización de un "conteo manual" o de una auditoría tampoco constituye el elemento principal sobre el cual se sustenta el recurso interpuesto, pues en el mismo se alegan una serie de circunstancias que, a criterio de los recurrentes, evidenciarían que se cometió "fraude, cohecho, soborno o violencia" en el proceso electoral efectuado, no observándose que la supuesta opinión manifestada por la Magistrada Jhannet Madríz Sotillo se refiera a la configuración o no de tales vicios, de allí que no pueda concluirse que a partir del sucinto contenido de la declaración invocada por los recusantes se desprenda un criterio concreto de la referida Magistrada en relación al asunto principal que envuelve la presente controversia judicial, es decir, respecto a si se cometió o no fraude, cohecho, soborno o violencia con ocasión de los referidos comicios.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas, al no evidenciarse que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo haya emitido opinión adelantada sobre el asunto principal sometido a su conocimiento, se concluye que la misma no está incurso en la causal de recusación prevista en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Por tanto, habiendo sido descartada la configuración de la totalidad de causales de recusación alegadas respecto a la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, se declara sin lugar la recusación interpuesta en su contra. Así se decide.

2.- Recusación interpuesta contra el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez:

Respecto al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez se observa que los recusantes alegan la causal de recusación contenida en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil "...dada su relación directa y evidente respecto del partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), partido postulante del candidato proclamado Nicolás Maduro en las elecciones cuya nulidad se pide en este juicio."

En tal sentido, refieren que el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez fue Diputado de la Asamblea General entre los años 2000 y 2010, siendo postulado inicialmente por el extinto partido político Movimiento Quinta República y luego por el Partido Socialista Unido de Venezuela. Asimismo, transcriben parcialmente presuntas declaraciones que dicho Magistrado habría manifestado en el año 2010 "...cuando se postuló al cargo de Diputado por el Circuito 1 del Estado Trujillo ante los representantes del PSUV..." y consideran que las mismas "...dejan en total evidencia la identidad de intereses políticos de dicho magistrado (sic) con el PSUV..."

Ello así, debe reiterarse que el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil contiene dos situaciones distintas que dan lugar a la recusación de un juez, como son la existencia de una "sociedad de intereses" o la manifestación de "amistad íntima" con alguna de las partes litigantes.

En el caso bajo análisis los recusantes hacen mención a circunstancias que serían encuadrables dentro del primer supuesto mencionado, esto es, la supuesta existencia de una "sociedad de intereses" entre el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez, el Presidente de la República Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, no observándose que hayan alegado la existencia de "amistad íntima" entre el Magistrado recusado y alguna de las partes litigantes o interesados, razón por la cual no será analizado tal supuesto.

Ahora bien, se observa que el Magistrado recusado señaló en su escrito de informe que "...no existe la alegada 'sociedad de intereses' planteada por la parte recurrente, por cuanto atendiendo a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual establece que además de los requisitos establecidos en la Constitución, para ser Magistrado se requiere, entre otros aspectos, que el aspirante proceda a 'Renunciar a cualquier militancia político-partidista', [renunció] en el momento oportuno a la militancia en cualquier organización política, tal como se evidencia en la declaración realizada ante la Notaría Pública del Municipio Autónomo Trujillo del Estado Trujillo en fecha 13 de octubre de 2010..."

Asimismo, refiere el artículo 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señala que "...a partir del contenido de las normas citadas, queda claramente evidenciado que los hechos invocados, (...) son anteriores al momento que [fue] nombrado Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia..."

Señalado lo anterior, se observa a los folios 199 al 204 del expediente, declaración jurada efectuada por el Magistrado recusado ante la Notaría Pública del Municipio Autónomo del Estado Trujillo en fecha 13 de octubre de 2010 (cuya original fue presentada ante la Secretaría de esta Sala ad *effectum videndi*) en la que señaló lo siguiente:

Quien suscribe Malaquías Gil Rodríguez, Venezolano, Abogado, mayor de edad, casado, titular de la Cédula de Identidad N° V-5.352.190, domiciliado en el Municipio Trujillo Estado Trujillo, bajo Fe de Juramento declaro: que a partir de esta fecha no milito en ningún Partido Político ni Nacional ni Regional en la República Bolivariana de Venezuela. Así lo digo por ante la Notaría Pública a la fecha de presentación, y en consecuencia, renuncio a toda militancia política.

De dicha declaración se desprende la clara y expresa voluntad del Magistrado recusado de renunciar a toda militancia política, lo cual incluye al Partido Socialista Unido de Venezuela, circunstancia que le permitió ser designado Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2010, pues tal como refirió en su escrito, quien aspire a dicho cargo debe “[r]enunciar a cualquier militancia político-partidista...” en aplicación de lo previsto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (corchetes añadidos).

En virtud de ello, deben darse por reproducidas las consideraciones expuestas al analizar la recusación planteada contra la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo bajo el mismo supuesto, en el sentido de que también constituye un hecho acreditado en autos la renuncia auténtica del Magistrado Malaquías Gil Rodríguez a la militancia en cualquier organización con fines políticos. En tal sentido, la declaración rendida bajo juramento y ante notario público está investida de una presunción de buena fe que permite suponer que desde el momento de materializarse su renuncia, el referido Magistrado se ha desligado de todo interés vinculado con cualquier organización política, incluyendo al Partido Socialista Unido de Venezuela, correspondiendo a quien pretenda sostener la subsistencia de intereses comunes (“sociedad de intereses”) como causal de recusación, la carga de alegar y demostrar su configuración, lo cual debe hacerse necesariamente con base en hechos o situaciones actuales.

Tal circunstancia no se configuró en el caso bajo análisis por cuanto los recusantes únicamente alegaron y probaron una situación verificada hasta hace aproximadamente tres (3) años, como fue la extinta militancia política del Magistrado recusado (reconocida por éste), pero no demostraron que actualmente existan intereses comunes entre dicho Magistrado, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, de allí que no fue desvirtuada la presunción de buena fe contenida en la declaración jurada inserta en autos y, por tanto, con base en ello no es posible cuestionar su imparcialidad para conocer del recurso contencioso electoral interpuesto. Así se declara.

Por tanto, al no evidenciarse medios probatorios que permitan considerar al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la recusación interpuesta en su contra. Así se decide

c. *Régimen disciplinario*

a'. *Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*

TSJ-SC (516)

7-5-2013

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

La Sala Constitucional suspende cautelarmente el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.493 del 23 de agosto de

2010, que establece la aplicación de dicho Código a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, en forma residual; ya que infunde sospecha de contradicción a la norma de competencia contenida en el artículo 265 constitucional, que reserva el régimen disciplinario de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a un proceso complejo en el que participan dos poderes públicos: el Poder Ciudadano y el Poder Legislativo.

El Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana señala en el único aparte del artículo 1, lo siguiente:

Las normas contempladas en el presente Código serán aplicables a los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia *en cuanto no contradigan lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (resaltado añadido).

De una revisión *prima facie* a la estructura normativa de dicho Código tenemos que éste cuenta con unas disposiciones generales (Capítulo I); hace un enunciado de los deberes del juez y la jueza (Capítulo II); configura un ideal de la conducta del juez y la jueza (Capítulo III); estatuye el régimen disciplinario de los jueces y juezas, a través del cual se tipifican las faltas disciplinarias (Capítulo IV); erige la estructura orgánica de la jurisdicción disciplinaria, esto es, se crean los Tribunales disciplinarios en dos grados (Capítulo V); y diseña el proceso disciplinario que ha de seguirse ante los órganos jurisdiccionales respectivos para determinar la comisión del ilícito correspondiente e imponer la sanción a que hubiere lugar (Capítulo VI).

Esta revisión de la estructura normativa del Código evidencia la necesidad de disipar qué de su contenido le es aplicable a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia por no contradecir su régimen específico previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se ha de tener en cuenta que el régimen disciplinario de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia está determinado por el artículo 265 constitucional, que estipula que los mencionados altos funcionarios “...podrán ser removidos o removidas por **la Asamblea Nacional** mediante una mayoría calificada de los dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, **en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano**, en los términos que la ley establezca” (resaltado añadido).

Ciertamente, las causales de remoción de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia aparecen recogidas en los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y, sin lugar, a dudas en ambos preceptos figura entre las causales de remoción, precisamente, las que estipule el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana; no obstante, ello pareciera dar lugar apenas a una aplicación muy puntual de la estructura normativa de dicho Código a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, ya que el artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva el régimen disciplinario de los Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a un proceso complejo en el que participan dos poderes públicos: el Poder Ciudadano y el Poder Legislativo, de tal suerte que la residualidad contenida en el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana es de tal forma general que infunde sospecha de contradicción a la norma de competencia contenida en el artículo 265 constitucional, lo cual requiere la suspensión de su contenido para evitar que su ejercicio simultáneo cause perjuicios irreparables por una potencial invasión de competencias.

Por tanto, hasta tanto esta Sala Constitucional se pronuncie respecto del fondo de esta nulidad, SUSPENDE cautelarmente el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.493 del 23 de agosto de 2010. Así se decide.

TSJ-SC (516)

7-5-2013

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana

La Sala Constitucional decreta, de oficio, que las competencias que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le asigna a la Oficina de Sustanciación y al Tribunal Disciplinario Judicial para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, serán propias del Inspector General de Tribunales, en los términos consagrados en la sentencia. En ese sentido, la Sala suspende el segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la “investigación preliminar”), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.750 del 5 de septiembre de 2011; y el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.

El Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a lo largo de su articulación no hace referencia alguna al Inspector General de Tribunales. En el diseño procesal escogido por el legislador para estructurar la jurisdicción disciplinaria judicial, de cara a la investigación de los hechos y su sustanciación, este se decantó por el funcionamiento de una Oficina de Sustanciación “...como órgano instructor del procedimiento disciplinario, la cual estará constituida por uno o más sustanciadores o sustanciadoras y un secretario o una secretaria, quienes iniciarán de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, y de considerarlo procedente lo remitirán al Tribunal Disciplinario Judicial” (ex: artículo 52); y por la asignación al Tribunal Disciplinario Judicial de la competencia para admitir la denuncia (ex: artículo 55) y para practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos (ex: artículo 57); competencias que durante la concepción administrativa de la disciplina judicial correspondía al Inspector General de Tribunales.

Dicho diseño procesal contaría con una presunción de validez constitucional (desvirtuable *prima facie* a través del proceso de nulidad), al amparo del principio de libertad de configuración del legislador, si no fuese por el hecho de que el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que “Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, **la inspección y vigilancia de los tribunales de la República** y de las Defensorías Públicas” (resaltado añadido); precepto constitucional con base en el cual se señaló, en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -y hace énfasis esta Sala en el carácter orgánico de dicha Ley-, que “La Inspectoría General de Tribunales tendrá como función esencial la inspección y vigilancia, por órgano de la Sala Plena, de los tribunales de la República de conformidad con la ley”.

En efecto, se debe resaltar que el artículo 267 constitucional, como toda norma de competencia, posee una doble dimensión: la primera, que podría calificarse de positiva, indica a quién se le asigna la competencia de inspeccionar y vigilar; y la segunda, que bien puede denominarse negativa o restrictiva, excluye de ese ámbito de competencia a los no señalados en la norma. En ese orden de ideas, este rol de inspección y vigilancia fue entendido por la Asamblea Nacional Constituyente, en el Régimen de Transición del Poder Público (Gaceta Oficial N° 36.859 del 29 de diciembre de 1999), como la potestad de iniciar el procedimiento disciplinario con la apertura del expediente y la citación del juez (artículo 29); esto es, la instrucción del expediente y posterior acusación. Dicha concepción fue compartida y desarrollada por la Sala Plena de este Alto Tribunal, quien, el 12 de noviembre de 2008, mediante Resolución N° 2008-0058, dictó las normas concernientes a la organización y funcionamiento de la Inspectoría General de Tribunales, entre cuyas funciones destaca: recibir las denuncias que presenten los usuarios contra los jueces y juezas de la República (artículo 9.1), sustanciar los expedientes en fase disciplinaria hasta la presentación de la acusación (artículo 12.2) y sostener la acusación disciplinaria ante el órgano competente (artículo 12.5).

De ese modo, visto que tanto la inspección como la vigilancia transversalizan la validación constante de la idoneidad y excelencia para la función jurisdiccional de los jueces integrantes del Poder Judicial (ex: artículo 255 constitucional), por principio de coherencia del ordenamiento jurídico, el llamado a inspeccionar y vigilar a los Tribunales de la República debe contar con la posibilidad real de cuestionar e impulsar, ante la jurisdicción disciplinaria judicial, la sanción de los jueces considerados no idóneos para la función jurisdiccional.

Por tanto, considerando que el legislador orgánico estipuló que la función de inspección y vigilancia de los Tribunales de la República (la cual compete al Tribunal Supremo de Justicia) se canalizaría a través del Inspector General de Tribunales; el legislador ordinario, es decir, el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, ha debido tener en cuenta esta estructura orgánica y darle cabida en su diseño procesal. Y más aún, en atención a la dimensión negativa de la asignación de competencia realizada por el artículo 267 constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, el cuestionamiento de la idoneidad y excelencia de los jueces y el impulso de la sanción serían competencias exclusivas de la Inspectoría General de Tribunales.

Siendo ello así, de cara a lo dispuesto en los artículos 25, 137 y 138 constitucionales, resulta necesario garantizar la participación activa y exclusiva, sin perjuicio de los derechos procesales de los interesados -entre ellos los denunciados-, del Inspector General de Tribunales en el proceso disciplinario judicial, a fin de procurar el correcto desempeño de las competencias que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le asigna a este Alto Tribunal.

Por lo cual, como medida cautelar innominada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, esta Sala Constitucional DECRETA, de oficio, que las competencias que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le asigna a la Oficina de Sustanciación y al Tribunal Disciplinario Judicial para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, serán propias del Inspector General de Tribunales, en los siguientes términos:

1. Las competencias que los artículos 52 y 55 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le atribuyen a la Oficina de Sustanciación se reputarán propias de la Inspectoría General de Tribunales; sin menoscabo de las competencias de dicha Oficina como órgano sustanciador pero del proceso judicial;

2. Las competencias que los artículos 55, 57 y 58 le atribuyen al Tribunal Disciplinario Judicial se entenderán propias del Inspector General de Tribunales, con excepción, en el caso del artículo 58, de la facultad para decretar el sobreseimiento, pues éste continúa reputándose como competencia propia del Tribunal Disciplinario Judicial sólo que operará a solicitud del Inspector General de Tribunales;

3. Si finalizada la investigación el Inspector General de Tribunales considera que debe impulsar la sanción del Juez presentará la solicitud ante el Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá con base en el artículo 62 y siguientes del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana;

4. Si durante la investigación el Inspector General de Tribunales considera conveniente la suspensión provisional del denunciado o denunciado del ejercicio del cargo de juez o jueza, así lo solicitará al Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá de acuerdo con el artículo 61 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; ello sin menoscabo de la potestad que le asiste a este Tribunal de decretar durante el juicio, aun de oficio, dicha cautela;

5. En el caso de la apelación a que se refiere el único aparte del artículo 55 en contra del auto de no admisión de la denuncia, esta se presentará ante el Tribunal Disciplinario Judicial;

6. A tenor de lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolana, el Inspector General de Tribunales podrá interponer recurso de apelación de la sentencia definitiva que dicte el Tribunal Disciplinario Judicial;

7. El Inspector General de Tribunal y la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia se reputan incluidos dentro de los órganos destinatarios de las remisiones de las copias certificadas de las decisiones definitivamente firmes emanadas de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, a tenor de lo señalado en el artículo 89 *eiusdem*.

8. Los derechos del denunciante, en su carácter de interesado, se mantienen incólumes (*ex*: artículo 63); sin embargo, los derechos referidos a la participación en la audiencia y a la evacuación y promoción de pruebas penden de que el Inspector General de Tribunales haya estimado necesario impulsar la sanción del juez o jueza denunciado o denunciada.

Razón por la cual, SUSPENDE el segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la “investigación preliminar”), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.750 del 5 de septiembre de 2011; y el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.

Vista la declaratoria anterior, las denuncias -admitidas o no- que cursen actualmente ante la Oficina de Sustanciación; así como las que cursen ante el Tribunal Disciplinario Judicial en las cuales no haya habido citación del juez o jueza denunciado deberán ser remitidas a la Inspectoría General de Tribunales, para que dicho órgano lleve a cabo las diligencias correspondientes para el esclarecimiento de los hechos.

b'. *Jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.*

TSJ-SC (516)

7-5-2013

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana

A fin de no contradecir el contenido normativo del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional suspende cautelarmente la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código. De igual manera, la Sala suspende cautelarmente el único aparte del artículo 16 del referido Código, considerando que es competencia de la Comisión Judicial, como órgano delegado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la designación de los jueces y las juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.

Señala el encabezado del artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, lo siguiente:

Artículo 2. El presente Código se aplicará a todos los jueces y todas las juezas dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela. Se entenderá por juez o jueza todo aquel ciudadano o ciudadana que haya sido investido o investida conforme a la ley, para actuar en nombre de la República en ejercicio de la jurisdicción de manera permanente, temporal, ocasional, accidental o provisorio.

El precepto legal transcrito contempla el denominado ámbito subjetivo de la Ley, esto es, quiénes son los sujetos sometidos al régimen jurídico contemplado en el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; a saber: los jueces y juezas permanentes, temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.

El enunciado legal así descrito y sin ninguna consideración adicional guarda consonancia con el orden constitucional; sin embargo, cuando se considera que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, además de fijar los referentes éticos con base en los cuales se ha de determinar la idoneidad y excelencia de un juez o una jueza para la función jurisdiccional, estatuye un régimen de inamovilidad propio de la carrera judicial; la extensión de este proceso disciplinario judicial a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios para poder excluirlos de la función jurisdiccional, pese a que formalmente no han ingresado a la carrera judicial, pareciera colidir con el texto Constitucional.

En efecto, señala el artículo 255 constitucional que el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los y las participantes. Asimismo, continúa señalando este mismo artículo, los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas, suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

De ese modo, cuando el artículo 255 constitucional refiere que “los” jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos mediante los procedimientos previstos en la ley, alude a aquellos jueces que han ingresado a la carrera judicial por haber realizado y ganado el concurso de oposición público, como lo exige el encabezado del artículo; pues es dicho mecanismo el que hace presumir (de forma *iuris tantum*) la idoneidad y excelencia del juez o jueza; una presunción que es, efectivamente, desvirtuable mediante el proceso disciplinario judicial como parte de la validación constante y permanente de la idoneidad y excelencia; pero que se erige a su vez como una garantía de la inamovilidad propia de la carrera judicial.

Siendo ello así, aun cuando efectivamente el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le es efectivamente aplicable a todos los jueces -indistintamente de su

condición- como parámetro ético de la función jurisdiccional; no obstante, el procedimiento para la sanción que dicho Código contempla pareciera, salvo mejor apreciación en la definitiva, no ser extensible a los Jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios, ya que dicho proceso es una garantía de la inamovilidad insita a la carrera judicial; y se obtiene la condición de juez o jueza de carrera si se gana el concurso de oposición público.

Por tanto, a fin de no contradecir el contenido normativo del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se SUSPENDE cautelarmente, mientras dure el presente juicio, la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional, visto que se trata de un órgano permanente, colegiado y delegado de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, al que compete coordinar las políticas, actividades y desempeño de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Escuela Nacional de la Magistratura y la Inspectoría General de Tribunal (*ex*: artículo 73 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia), así como someter a la consideración de la Sala Plena las políticas de reorganización del Poder Judicial y su normativa (artículo 79 *eiusdem*). Así se declara.

Finalmente, visto que el único aparte del artículo 16 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana contempla que “*Antes de proceder a la designación o ingreso de cualquier funcionario o funcionaria se consultará en el Registro de Información Disciplinaria Judicial*” y que cualquier ingreso o designación realizada al margen de dicha norma será nula; considerando, que es competencia de la Comisión Judicial, como órgano delegado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la designación de los jueces y las juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios; y tomando en cuenta que, al no desarrollar los términos en que se ha de verificar la consulta del Registro de Información Disciplinaria ni la naturaleza pública o privada de dicho Registro, la norma reseñada restringe la aludida competencia de la Comisión Judicial, esta Sala Constitucional suspende cautelarmente, hasta tanto se dicte sentencia en el presente juicio, el único aparte del artículo 16 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana. Así se decide.

Visto el contenido decisorio de este fallo, se ordena su publicación en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial. Asimismo, se ordena su reseña en el portal web de este Alto Tribunal.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (471)

16-5-2013

Magistrado Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Red de Padres y Representantes vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación.

Cuando se pretende la suspensión de un acto de efectos generales y de carácter normativo, cobra mayor relevancia el último requisito relativo al riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Es así que, para su comprobación deberá verificarse en qué

consiste concretamente dicho riesgo cuáles serían los daños irreparables para la parte accionante que surgirían de la ejecución del acto antes de ser decidido el fondo del recurso principal. Por consiguiente, le corresponde al solicitante señalar cómo se afectaría su situación jurídica frente a la aplicación de las disposiciones que denuncia como ilegales e inconstitucionales.

Vista la solicitud de suspensión de efectos formulada por la parte recurrente, pasa esta Sala a pronunciarse sobre su procedencia, en los términos siguientes:

Previo al análisis, es necesario advertir que la medida de suspensión de efectos actualmente no está prevista expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ni en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual no implica que no pueda ser acordada, pues es una de las medidas preventivas típicas del contencioso administrativo, por lo que la misma debe analizarse en atención a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así, ha sido criterio de este Alto Tribunal que la suspensión de efectos de los actos administrativos, constituye una medida mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo -consecuencia de la presunción de legalidad- se busca evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto, porque ello podría constituir un menoscabo a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

Por tal motivo, la medida preventiva de suspensión de efectos procede solo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable. Significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama, a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los “*intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego*”.

En concreto, el referido artículo 104 dispone lo siguiente:

“...Requisitos de procedibilidad

Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante...”

Conforme a lo señalado en la norma transcrita, la medida que se acuerde debe tener como finalidad “*resguardar la apariencia de buen derecho*”, por lo que el juez deberá extraer

de las probanzas aportadas los elementos que permitan establecer una presunción favorable o juicio de verosimilitud de los términos de la pretensión procesal; y adicionalmente, las circunstancias que en el caso concreto hagan necesaria la medida para evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o la ilusoriedad del fallo como segundo supuesto para su procedencia.

Ahora bien, es preciso indicar que en casos como el de autos, donde se pretende la suspensión de un acto de efectos generales y de carácter normativo, cobra mayor relevancia este último requisito relativo al riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Es así que, para su comprobación deberá verificarse en qué consiste concretamente dicho riesgo cuáles serían los daños irreparables para la parte accionante que surgirían de la ejecución del acto antes de ser decidido el fondo del recurso principal. Por consiguiente, le corresponde al solicitante señalar cómo se afectaría su situación jurídica frente a la aplicación de las disposiciones que denuncia como ilegales e inconstitucionales, de manera que permita al juez otorgar la tutela requerida. (*Vid.* Sent. de la SPA del 13 de diciembre de 2006 y del 14 de marzo de 2007).

En tal sentido, este órgano jurisdiccional debe acotar que el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular en el contexto del modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, puesto que dicho modelo propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros, la *solidaridad* y la *responsabilidad social*. (Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a analizar si en el supuesto bajo análisis se verifican concurrentemente los señalados requisitos, a los fines de determinar la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Al efecto se observa, que la representación judicial de la asociación civil accionante, fundamentó la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, en la presunta violación al derecho que tienen las comunidades organizadas a participar en la gestión pública, “...concretamente en este caso, el derecho de los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar...”.

En tal sentido, alegó que la Resolución N° 058 recurrida, viola la obligatoriedad de la consulta prevista en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ya que afirma que fue dictada con prescindencia de dicho procedimiento.

A su vez se observa, que la abogada Mayerling Rosales González, ya identificada, mediante escrito consignado en fecha 29 de enero de 2013 formuló oposición a la medida de suspensión de efectos peticionada por la asociación civil accionante, sosteniendo a tales efectos que, en el presente caso, no se demostró el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la referida medida cautelar, los cuales deben cumplirse de manera concurrente.

Por otra parte, argumentó que los alegatos expuestos por la recurrente para fundamentar la medida cautelar requerida son los mismos que se utilizaron para sustentar el recurso de nulidad planteado y en razón de ello estima que cualquier decisión que considere la Sala al respecto, se estaría pronunciando sobre el fondo de la controversia y por tanto,

“...adelantando (...) su opinión, al suspender los efectos del acto administrativo por una presunción de violación al derecho de la participación, en consecuencia, estaría prejuzgando sobre la decisión definitiva...”.

En primer término se observa, que efectivamente la accionante fundamentó su solicitud cautelar en el derecho que tienen los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa a participar en la gestión educativa, en concreto, en la elaboración de las normas dirigidas a su organización y funcionamiento, pero nada alegó para sustentar el *periculum in mora* o daño de difícil o imposible reparación como requisito de procedencia.

No obstante se debe precisar que la referida circunstancia no impide a este órgano jurisdiccional analizar la situación planteada derivado de los amplios poderes cautelares que tiene el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero fundamentalmente, visto el interés que reviste el tema sobre el cual versa el recurso para la comunidad educativa y ante la eventual lesión que pudiera afectar los derechos colectivos, este Máximo Tribunal, de acuerdo al enunciado del citado artículo 104 *eiusdem* debe ponderar los intereses en juego y en tal sentido, pasa a analizar la solicitud: (...).

TSJ-SPA (369)

10-4-2013

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Cosmovisión Estéreo, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

El correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquel es exigido generalmente como mero supuesto de procedencia por el paso del tiempo que pudiese resultar dañoso; en el caso concreto, esta, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva solo a la parte que tiene la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la medida cautelar “*innominada de suspensión de efectos*” requerida por la parte accionante, y en tal sentido observa:

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus artículos 103, 104 y 105, establece lo siguiente:

“Artículo 103. Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve.

Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento, el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.

Artículo 105: Recibida la solicitud de medida cautelar, se abrirá cuaderno separado para el pronunciamiento dentro de los cinco días de despacho siguientes.

En los tribunales colegiados el juzgado de sustanciación remitirá inmediatamente el cuaderno separado. Recibido el cuaderno se designará ponente, de ser el caso, y se decidirá sobre la medida dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Al trámite de las medidas cautelares se dará prioridad”.

Al respecto, esta Sala observa que la accionante calificó la medida cautelar como una “*innominada de suspensión de efectos*”, por lo que se reitera el criterio que se ha venido sosteniendo, en el sentido de que la suspensión de efectos de los actos administrativos, como medida típica para los recursos de nulidad que se proponen en contra de dichos actos, constituye una medida cautelar mediante la cual -haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad- se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse un acto que eventualmente resultare anulado, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso. En estos casos, el Juez debe velar porque su decisión se fundamente no solo en un alegato de gravamen, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real.

A juicio de esta Sala resulta procedente la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, los cuales consisten en que sea presumible la procedencia de la pretensión procesal principal, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y eventuales gravedades en juego, siempre que no se prejuzgue sobre la decisión definitiva, tal como lo prevé el citado artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por ello resulta necesario comprobar los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: la presunción grave del derecho que se reclama y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

En este sentido, tal como también lo ha reiterado pacíficamente este órgano jurisdiccional, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquel es exigido generalmente como mero supuesto de procedencia por el paso del tiempo que pudiese resultar dañoso; en el caso concreto, esta, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva solo a la parte que tiene la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.

Consecuentemente, el referido principio se encuentra necesariamente inmerso en las exigencias requeridas actualmente en el artículo 104 antes citado, para acordar, en este caso, la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que no se prejuzgue sobre la decisión definitiva (ver sentencia 20 de octubre de 2010).

Establecidos los anteriores lineamientos, pasa la Sala a verificar su cumplimiento en el caso concreto, y en tal sentido observa que con relación al *fumus boni iuris* el representante de la empresa recurrente adujo que su representada “*si bien es cierto (...) no posee habilitación administrativa por parte de Conatel, no es menos cierto que (...) a partir del tres (3) de octubre de dos mil once (2.011), estaba realizando los procedimientos técnicos y jurídicos para salir al aire*”.

En efecto, tal como lo indicó la propia parte accionante, la Sala observa que al momento de dictar esta decisión cautelar, no se evidencia de actas prueba alguna de la existencia de habilitación administrativa, concesión o algún tipo de autorización del organismo regulador de las telecomunicaciones que permita presumir que la empresa sancionada tiene derecho a constituirse como un prestador del servicio radioeléctrico (ver sentencia de esta Sala N° 1579 del 20 de diciembre de 2012). Por tanto, concluye la Sala que no se ha verificado en esta fase cautelar la presunción de buen derecho requerida como presupuesto procesal para conceder la petición cautelar de la parte recurrente, por lo que debe declarar improcedente la medida de suspensión de efectos del acto administrativo, sin entrar a emitir pronunciamiento respecto del otro supuesto de procedencia, debido a que ambos deben cumplirse concurrentemente. Así se declara.

2. Acción de Reclamo por la prestación de servicios públicos

TSJ-SC (433)

6-5-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Fundación Movimiento por la Calidad del Agua vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y los Recursos Naturales

Toda reclamación por la prestación de un servicio público de contenido general, implica una demanda o acción colectiva (intereses colectivos o difusos); sin embargo, si existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo *ad hoc*, esto es, la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos (artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), esta será la vía a la cual deberán acudir las personas afectadas por la deficiente prestación del servicio para obtener la satisfacción de sus pretensiones

Como premisa procesal, corresponde a la Sala la determinación de su competencia para el conocimiento de la presente demanda, planteada por los solicitantes como una “*demandas por derechos e intereses colectivos y difusos*”, en tanto los actores se arrojan la legitimación para actuar como representantes de los derechos e intereses de los residentes de la conurbación urbana del Área Metropolitana de Valencia, en el Estado Carabobo, en virtud de ciertas circunstancias, calificadas como anómalas, en el servicio de agua potable prestado por la sociedad mercantil Hidrológica del Centro, C.A. en esa área geográfica.

En tal sentido, luego de exponer los resultados de varios análisis efectuados, presuntamente, al agua que suministra la mencionada prestadora del servicio, denunciaron que hay elementos biológicos, físicos y químicos en su composición que contrarían las Normas Sanitarias de Calidad de Agua Potable dictadas mediante la Resolución N° S.G.-018-98 del 11 de febrero de 1998, por el extinto Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.395 del 13 de febrero de 1998, -que establecen los requisitos microbiológicos, organolépticos, físicos, químicos y radiactivos que debe cumplir el agua potable suministrada por los entes responsables de los sistemas de abastecimiento de agua potable públicos o privados-.

También alegaron que los procesos de potabilización y tratamiento de aguas residuales y redes de distribución de agua potable en los municipios Valencia, San Diego, Naguanagua y Libertador del estado Carabobo, además de incumplir con las normas antes indicadas son ineficientes y que el agua suministrada ha perdido calidad por cuanto, según alegan, han proliferado especies vegetales acuáticas como la lemna y la bora; hay un aumento significativo de los niveles de fósforo y nitrógeno, así como de aluminio, generando, en algunos casos, enfermedades de origen hídrico en la población valenciana.

Denunciaron que en los anteriores procesos -concretamente en los de tratamiento primario, secundario y terciario de depuración de las aguas servidas de la ciudad de Valencia antes de ser descargadas al embalse Pao-Pachinche-, se contraviene el artículo 28 de la Ley Penal del Ambiente, que sanciona la degradación, envenenamiento, contaminación y demás acciones o actividades capaces de causar daños a las aguas y que, además, en el proceso de salida de las aguas de las Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales (La Mariposa, Los Guayos y Taiguaigui) no se atiende a las Normas para la Clasificación y el Control de la Calidad de los Cuerpos de Agua y Vertidos o Efluentes Líquidos contenidas en el Decreto N° 883, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.021 del 18 de diciembre de 1995, que fija el marco para el control de calidad de los cuerpos de agua y de los vertidos líquidos.

Sobre la base de lo anterior, solicitaron a esta Sala Constitucional que se garantice a través de la tutela jurisdiccional, la operatividad del estado democrático y social de Derecho y Justicia que postula el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la aplicación de las resoluciones números 7/22 del 28 de marzo de 2008 y 12/8 del 1 de octubre de 2009, relativas al derecho humano al agua potable y el saneamiento del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el Comentario General número 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, sobre la base de la cláusula contenida en el artículo 23 de la Constitución vigente; el derecho a la salud del grupo que representan, reconocido en el artículo 83 constitucional; el derecho a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, postulado por el artículo 127 del mismo Texto Fundamental; el derecho a la consulta y participación ciudadana en los asuntos inherentes al desarrollo sustentable y en los planes de ordenación territorial, establecido en el artículo 128 *eiusdem*; la exigencia constitucional de estudios de impacto ambiental y sociocultural previo a cualquier actividad de afectación al ambiente, contenido en el artículo 129 *eiusdem*; la prevalencia del valor fundamental de justicia sobre el proceso mismo de su administración, consagrado en el artículo 257 del mismo Texto Constitucional y, en general, normas conexas que sistematizan el “*derecho constitucional ambiental*”, a saber, las contenidas en los artículos 11, 15, 107, 112, 119, 120, 153, 178, 184, 299, 304, 307, 326 y 327 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así mismo, se invocan los parámetros y normas para la prestación del servicio de agua potable contenidas en la “*Ley de Prestación de Servicio de Agua Potable y Saneamiento 5.568 (sic) del 31 de Diciembre de 2008 (sic) Gaceta Oficial Extraordinaria (sic)*”.

Ello a fin de condenar jurisdiccionalmente al Estado venezolano, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, a través de la sociedad mercantil Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO) a que: *(i)* sustituya el actual trasvase de aguas del Lago de Valencia hacia el embalse Pao-Cachinche por otra alternativa que permita controlar el nivel y crecimiento del Lago de Valencia y que no atente contra la calidad de las aguas del embalse, debido a sus implicaciones

en la degradación de la calidad del agua, las complicaciones técnicas provocadas a nivel del proceso de potabilización de las misma en la Planta “Alejo Zuluaga” y las afectaciones a la salud pública y la calidad de vida “(...) producto del suministro del agua no potable para consumo humano a una población abastecida de aproximadamente 3.000.000 de venezolanos que se sirven por el Acueducto Regional del Centro”; **(ii)** suspenda el actual trasvase de aguas, previo cumplimiento de lo solicitado en el punto anterior, e impidiéndose el inicio de nuevas obras de infraestructura o ampliaciones de las ya existentes, que permitan o incrementen dicho trasvase de las aguas del Lago de Valencia hacia el embalse Pao-Cachinche, “(...) para evitar se agraven e intensifiquen los perjuicios y afectaciones al ambiente y a la ciudadanía (...)”; y **(iii)** en la planificación de cualquier opción de salida de los excedentes de agua de la cuenca hidrográfica del Lago de Valencia, distinta a los antes mencionados, se ordene a todas las instituciones con competencia y facultades en preservación del ambiente y la salud pública, a que realicen previamente los estudios de impacto ambiental y socio-cultural que establece nuestra Constitución y que éstos se hagan del conocimiento y dominio públicos, previo a su ejecución.

Como se observa, la pretensión de los actores persigue la adopción de medidas dirigidas a garantizar los procesos de tratamiento y potabilización del agua por parte del ente público prestador del servicio. En tal sentido, la demanda así planteada, se relaciona con las fases legalmente reguladas de la actividad material de prestación de un servicio público que atañe a un colectivo determinado, cual es la población de Valencia, y que incide en su calidad de vida.

En ese sentido, cabe precisar el contenido y alcance de los derechos e intereses colectivos o difusos, y las formas bajo las cuales se puede solicitar su protección, para establecer por el contenido de la pretensión si se está en presencia de un asunto que atañe a la jurisdicción constitucional o si, por el contrario, debe ser conocida y tramitada por la jurisdicción contencioso administrativa, bajo la forma de un reclamo por servicios públicos (*ex* artículo 65.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), en ese sentido, esta Sala debe reiterar parcialmente aquellas premisas de juzgamiento empleadas en su sentencia del 28 de junio de 2011, caso: “*Roberto León Parilli y otros*”, con ocasión de una demanda similar a la aquí planteada contra el Estado venezolano, representado en el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, en Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y en su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO), a los efectos de que se garantizara el derecho al acceso a la información consagrado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 66 de la Ley Orgánica de Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento; el derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, respecto de las demandas por intereses o derechos difusos o colectivos esta Sala Constitucional en sentencia N° 3.648 del 19 de diciembre de 2003, caso: “*Fernando Asenjo Rosillo y otros*”, estableció las premisas que siguen respecto de esta categoría de tutela procesal:

“DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.

Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.”

Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.

(...)

*IDONEIDAD DE LA ACCIÓN: Si lo que se pretende es enervar una lesión que proviene de violaciones a derechos y garantías constitucionales, la vía procedente es la acción de amparo para restablecer una situación jurídica ante esas infracciones. Si lo que se pretende es exigir resarcimientos a los lesionados, solicitar el **cumplimiento de obligaciones**, prohibir una actividad o un proceder específico del demandado, o la destrucción o limitación de bienes nocivos, restableciendo una situación que se había convertido en dañina para la calidad común de vida o que sea amenazante para esa misma calidad de vida, lo procedente es incoar una **acción de protección de derechos** cívicos (colectivos o bien sea difusos), en cuyo fallo se podrá condenar al demandado a realizar determinadas obligaciones de hacer o no hacer, y hasta indemnizar a la colectividad, o a grupos dentro de ella, en la forma como ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas, serán acreedoras de la indemnización”. (Negrillas de esta Sala).*

Conforme al criterio *supra* citado, las demandas así planteadas contienen una *acción de protección de derechos* que, como ya se mencionó, puede ser ejercida para la reivindicación de derechos colectivos o difusos, en este caso, garantizar el cumplimiento de una obligación. Así mismo, la denuncia afecta no solamente el interés personal o directo, y el colectivo de los demandantes en el goce y garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a un ambiente sano, de acceso al agua potable y el saneamiento, a disponer de bienes y servicios de calidad, sino a una pluralidad de sujetos indeterminables o cuya proyección subjetiva de protección no es determinable *a priori*, si bien dichos intereses no son consecuencia de la afectación en la esfera de derechos de *todo el mundo*, o de *toda la población*, se circunscribe al área metropolitana de la ciudad de Valencia, que afecta a un grupo de personas de un área del país (usuarios efectivos) -e incluye aquellos transeúntes o no residentes que también ostenten potencialmente la cualidad jurídica de usuario del sistema de distribución y suministro de agua potable (usuarios jurídicamente potenciales)-, por lo que esta Sala considera que el fallo que se dicte en el presente asunto tiene una proyección subjetiva de sus efectos jurídicos que sobrepasa la esfera particular de los demandantes, que, sin embargo, no permite calificarlo preliminarmente como una demanda por intereses colectivos.

Ello por cuanto, se advierte la existencia de un elemento clave en la determinación de la competencia para conocer de la presente acción, como lo es el hecho de que la pretensión de la acción está sustentada en normas constitucionales que atañen, principalmente, a derechos de orden ambiental y a la adecuada prestación del servicio público de suministro de agua potable, concretamente en lo relacionado a los procesos de potabilización y saneamiento de ese vital líquido, en tanto procesos asociados a esta actividad.

Los procesos asociados a la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento constituyen una actividad prestacional de servicio público; por lo que debe esta Sala hacer mención del criterio establecido en sentencia N° 34 del 5 de marzo de 2010, caso: “*Yuraima Rodríguez y otros*”, en la cual se señaló que “(...) *no toda acción dirigida a procurar la satisfacción de los servicios públicos o de una actividad de interés general deba ser tramitada como una acción por intereses colectivos o difusos, ya que afirmar lo contrario, conllevaría a admitir la implícita derogatoria de las reglas de procedimiento de los juicios ordinarios en cuanto a su competencia, así como la derogatoria del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Dicho criterio recogía lo señalado por esta misma Sala en su sentencia N° 4.993 del 15 de diciembre de 2005, caso: “*Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico*” en la cual se estableció lo siguiente:

“...Al efecto, se aprecia que la simple alegatoria (sic) de un desmejoramiento en la calidad de vida, elemento constituido por esta Sala para afirmar la existencia de intereses difusos y colectivos, puede conllevar en cualquier oportunidad para cualquier determinado sector de la sociedad su recurribilidad por ante esta Sala, exigiendo el determinado comportamiento de otra colectividad con fundamento en el desmejoramiento de su calidad de vida.

...omissis...

Así, cuando dentro de la reclamación realizada se encuentre presente la existencia de un órgano administrativo o la prestación de un servicio público, van a estar presentes de manera indubitable un grupo de ciudadanos con unos intereses reflejos que pretenden su protección mediante la coadyuvación (sic) en el proceso incoado por el accionante o en representación de un determinado colectivo en su propio interés.

En consecuencia, la asunción de toda reclamación invocando la afectación del derecho a la colectivación (sic) por la anormal prestación o no prestación de un servicio público derivada del ente operador, de la Administración o de un particular, implicaría una cláusula derogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa, a través del contencioso de los servicios públicos. De lo expuesto debe resaltarse lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual expresamente consagra la existencia de un contencioso de los servicios públicos, estableciendo lo siguiente:

... omissis...

Con fundamento en el referido artículo, se consagra constitucionalmente la existencia de una jurisdicción especializada para el enjuiciamiento del reclamo para la prestación de servicios públicos, correspondiéndole en este sentido, al juez contencioso administrativo determinar cuándo una determinada pretensión debe comprenderse dentro de dicha reclamación no restringiéndose la misma a la noción tradicional del servicio público, constituyéndose este último aspecto en el punto principal y previo del juez contencioso administrativo para establecer si una demanda específica debe ser o no competencia del contencioso administrativo (...).”

En la sentencia antes citada, esta Sala también precisó los elementos que debe evaluar el operador de justicia para calificar una determinada prestación como servicio público - distintos a los que subyacen en las denominadas actividades de interés general- y, en ese orden, se precisaron los siguientes:

“...1.- *Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general;*

2.- *Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta.*

3.- *Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios y;*

4.- *Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas, (...) y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, -algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación.*

Con lo cual, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, podrán distinguirse, en la medida o el grado en que dicha declaración estatal o ‘publicatio’ apareje una limitación a la libertad económica de las iniciativas privadas que pretendan explotar o desarrollar la actividad prestacional que los servicios públicos comportan, entre: (a) Los servicios públicos exclusivos y excluyentes (Vgr. La generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura conforme el Parágrafo Único del artículo 3 de la Ley del Servicio Eléctrico); (b) Los servicios públicos exclusivos pero concedibles (Vgr. Transmisión y Distribución de energía eléctrica, explotación de las telecomunicaciones, etc.) y, (c) Los servicios públicos concurrentes (Vgr. La enseñanza)...”.

Conforme a los parámetros determinados por la jurisprudencia de esta Sala, debe verificarse si el suministro de agua potable tiene carácter de servicio público y, en consecuencia, los procesos o fases asociadas a esta actividad. Así, la regulación concerniente al suministro de agua potable se encuentra recogida principalmente en la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, cuya última reforma publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.763 del 6 de septiembre de 2007. Dicha Ley Orgánica, establece en su artículo 6:

“Artículo 6. *A los efectos de esta Ley se entiende por servicio público de agua potable la entrega de agua a los suscriptores o usuarios mediante la utilización de tuberías de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización; y se entiende por servicio público de saneamiento, la recolección por tuberías de las aguas servidas de los domicilios, incluyendo su conexión, así como los procesos asociados de conducción, tratamiento y disposición final de dichas aguas servidas”.*

Correlativamente, el artículo 35 del mismo instrumento jurídico sistematiza los procesos asociados a dicha actividad en los siguientes términos:

“Artículo 35. *Los procesos asociados a la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, a las cuales se refiere la presente Ley, son los siguientes:*

Producción: incluye la captación de agua, ya sea a partir de cursos superficiales, de embalses, de lagos o acuíferos, su subsiguiente potabilización y su conducción hasta las redes de distribución;

Distribución de agua potable: incluye el suministro de agua potable a través de las redes de distribución, hasta su entrega a las conexiones de los usuarios finales;

Recolección de aguas servidas: incluye la recolección de las aguas servidas desde los puntos de conexión con los usuarios hasta los puntos de entrega para su tratamiento o disposición final;

Disposición de aguas servidas: incluye el tratamiento o depuración de las aguas residuales y su posterior conducción hasta los sitios de descarga”.

Dicha norma deja clara la voluntad del legislador venezolano de definir como servicio público la prestación de los servicios de suministro de agua potable y de saneamiento. En este mismo sentido se expresó la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 224 del 7 de febrero de 2007, caso: “*Armando Casal Casal*”, al señalar que la prestación del “(...) *servicio de agua potable y de saneamiento es un servicio público de vital importancia para toda la población (...)*”.

Con relación al carácter prestacional de las actividades de suministro de agua potable y saneamiento, es significativa la intención del legislador plasmada en el artículo 1° de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento examinada, toda vez que su ámbito objetivo de aplicación abarca la prestación de los servicios públicos de agua potable y de saneamiento; el establecimiento del régimen de fiscalización, control y evaluación de tales servicios y la promoción de su desarrollo, **en beneficio general de los ciudadanos, de la salud pública, la preservación de los recursos hídricos y la protección del ambiente, en concordancia con la política sanitaria y ambiental que en esta materia dicte el Poder Ejecutivo Nacional y con los planes de desarrollo económico y social de la Nación**, de allí que, por las propias notas de generalidad y continuidad ínsitas a la noción de servicio público, esta Sala considera que se está ante una actividad prestacional dirigida a satisfacer un derecho humano esencial, cual es el acceso al agua potable y a su saneamiento.

Lo anterior desde la perspectiva del contenido material de la prestación cuya calidad se cuestiona al operador, de tal forma que, se puede afirmar que lo pretendido se puede encauzar hacia un reclamo judicial por la aparente deficiencia en el cumplimiento de los estándares físicos, químicos, microbiológicos y organolépticos que corresponde al servicio público de agua potable y saneamiento, lo cual tiene cabida -de forma especial- en el amplio espectro de pretensiones que son garantizadas judicialmente por los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al principio de universalidad del control jurisdiccional que le es reconocido por el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en ese sentido, esta Sala Constitucional ha afirmado que “(...) *en el pasado el criterio sostenido por esta Sala era asumir la competencia de este tipo de acciones -demandas por intereses difusos o colectivos- con similares características a la que aquí se plantea, en las cuales se perseguía 'calidad de vida' (Vid. sentencias N° 1571 del 22 de agosto de 2001, caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal [ASO-DEVIPRILARA]; N° 2354 del 3 de octubre de 2002, caso: Elecentro); no obstante, y en atención al criterio sostenido por este sentenciador en el presente fallo, resulta oportuno aclarar que toda reclamación por la prestación de un servicio público de contenido general, implica una demanda o acción colectiva (intereses colectivos o difusos); sin embargo, si existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo ad hoc, esto es, la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos (artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), esta será la vía a la cual deberán acudir las personas afectadas por la deficiente prestación del servicio para obtener la satisfacción de sus pretensiones...” (Cfr. Sentencia de esta Sala Constitucional N° 925 del 8 de julio de 2009, caso: “*Jania Josefina Noriega y otros*”)*

Determinada entonces que la pretensión apunta hacia un reclamo derivado por la prestación de un servicio público y no hacia una demanda por tutela de intereses y derechos difusos o colectivos, por la cual se recalifica en este sentido, corresponde a esta Sala entonces definir la competencia para conocer de la presente acción, pues no resulta ésta competente para ello. En tal sentido, debe hacer referencia a su sentencia N° 1.158 del 10 de agosto de 2009, caso: “*Amanda Oropeza y otros*”, la cual, en concordancia con los fallos antes mencionados, señaló que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las acciones, cuando se está en presencia de una actividad de servicio público o una actividad de interés general que afecte la prestación de determinado servicio, en los siguientes términos:

“Al respecto, esta Sala ha establecido que el derecho que tienen todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, no implica que toda acción dirigida a procurar la satisfacción de los mismos (servicio público o de una actividad de interés general) deba ser tramitada como una acción por intereses colectivos o difusos, ya que afirmar lo contrario, conllevaría a admitir la implícita derogatoria de las reglas de procedimiento de los juicios ordinarios en cuanto a su competencia, así como la derogatoria del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid. Sentencia N° 4993 del 15 de diciembre de 2005, caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico)”.

Con posterioridad a este criterio, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en su artículo 146, señala que: “*Toda persona podrá demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos. Salvo lo dispuesto en las leyes especiales (...)*” ley procesal especial que en el presente caso lo es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en *Gaceta Oficial* el día 22 de junio de 2010, la cual señala entre sus Disposiciones Fundamentales, que están sujetos al control de este orden competencial, “(...) las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional.” (Artículo 7, numeral 5); y, que tales serán competentes para conocer de “(...) los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por los prestadores de los mismos.” (Artículo 9, numeral 5). De forma específica, la misma Ley Orgánica, señala en el numeral 1 del artículo 26 que la competencia para el control jurisdiccional de esta actividad la ejercen los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que son competentes para conocer: “1. Las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos.”.

No obstante el anterior señalamiento, cabe observar que dado que los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no están aún en funcionamiento, debe atenderse a lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta, de la ya mencionada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece, con el propósito de tornar operativa la garantía de acceso a la jurisdicción desde la fecha de entrada en vigor del instrumento jurídico mencionado, lo que sigue:

“Hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocerán de las competencias atribuidas por esta Ley a dichos tribunales, los Juzgados de Municipio.”.

De acuerdo a las normas antes transcritas, y dado que la supuesta afectación en la prestación del servicio público se circunscribe al ámbito territorial de la ciudad de Valencia, es competente para conocer de la presente reclamación por prestación del servicio público de suministro de agua potable y de saneamiento, el Juzgado de Municipio que corresponda por distribución en la ciudad de Valencia del Estado Carabobo, con competencia transitoria en materia contencioso administrativa.

Determinado el órgano jurisdiccional competente para tramitar y decidir la anterior pretensión, esta Sala observa que correspondería, conforme al numeral 4 del artículo 150 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco del Capítulo III de su Título XI, de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, inadmitir la demanda: “(...) 4. Cuando la pretensión se pueda satisfacer a través de otras vías o cuando por su naturaleza al conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.”.

No obstante la regla antes mencionada, esta Sala Constitucional debe atender a la preeminencia que ha dado en su propio desarrollo jurisprudencial al principio *pro actione*, por el cual “(...) las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales” (Vid. Sentencias de esta Sala Constitucional Nros. 759 del 20 de julio de 2000, caso: “Elena Barreto Li”; 1.764 del 25 de septiembre de 2001, caso: “Nello José Casadiego Vivas”; 371 del 16 de febrero de 2003; caso: “Ovidio Rondón Boada”; 97 del 2 de marzo de 2005, caso: “Banco Industrial de Venezuela” y 2.229 del 20 de septiembre de 2009, caso: “Pesajes del Puerto C.A.”).

De esta forma, considera la Sala que declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional de los demandantes en la presente causa, en consecuencia, lo conducente en el presente caso es reconducir la calificación jurídica de la pretensión y, en función de ello, remitir los autos al tribunal competente para su tramitación y ulterior decisión de la forma que se establece en la parte *in fine* del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, norma tomada por su carácter supletorio, en aplicación del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), y así se decide.

Como consecuencia de la incompetencia antes declarada, esta Sala se abstiene de emitir pronunciamiento alguno respecto de la pretensión cautelar deducida por los demandantes. Así se declara.

Finalmente, se advierte a la instancia que esta Sala Constitucional conoce por notoriedad judicial, en razón de su propia función jurisdiccional, que, como se señaló precedentemente, se ejerció una demanda, que cuenta con la legitimación de algunos de los actores de esta misma causa y cuyo título (*causa petendi*) se apoya en las mismas circunstancias relacionadas con la prestación del servicio público de agua potable y de saneamiento en el Área Metropolitana de la Ciudad de Valencia, Estado Carabobo, la cual también fue declinada al Juzgado de Municipio competente de esa Circunscripción Judicial, como se desprende de la sentencia N° 1.007 del 28 de junio de 2011, caso: “Roberto León Parilli y otros”, con ocasión de una demanda planteada contra el Estado venezolano, representado en el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, en Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y en su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO), razón por la cual deberá evaluar la aplicación de la institución procesal de la acumulación, de ser el caso, a los fines de evitar fallos contradictorios que afecten la regularidad y calidad del servicio público que se cuestiona ante la jurisdicción.

3. *El Contencioso Administrativo Agrario*

TSJ-SC (635)

30-5-2013

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez vs. Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto.

La Sala Constitucional reinterpreta con carácter constitucionalizante el contenido de los artículos 175, 196 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, señalando que es obligatorio la fundamentación de la apelación en los procedimientos agrarios, debiendo el juez de la primera instancia, proceder a inadmitirla o negarla, en caso que ésta se formule de forma genérica. Asimismo, la Sala determina que se deberá declarar desistido el recurso de apelación propuesto, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado un prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación.

....Solicitó la parte actora a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión concedida por el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con respecto a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2009, por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, mediante la cual declaró desistida la apelación ejercida contra la decisión dictada el 25 de junio de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, que declaró con lugar la querrela interdictal restitutoria ejercida por los ciudadanos Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez, contra los ciudadanos Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto.

Así pues, la parte actora solicitó la presente revisión constitucional con fundamento en que “(...) la sentencia (...) contiene una decisión evidentemente inconstitucional y contraria a derecho que pretendió basarse en un criterio jurisprudencial que la Sala de Casación Social, precisamente por garantizar los derechos al debido proceso y a la defensa consagrados en nuestra Constitución, había abandonado en fecha anterior”.

Al respecto, la sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: “Corpoturismo”), señaló que la facultad de revisión es “(...) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional (...)”, por ello “(...) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere”, así “(...) la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión ‘(...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’ (...)”.

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de esta su procedencia. En el caso *sub iudice*, el peticionario persigue la revisión del acto decisorio del Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda y Vargas, a que se ha hecho referencia, tomando como argumento principal el “abandono de criterio” de la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, en cuanto a la comparecencia de la parte apelante en la audiencia oral de informes.

Con respecto a esta situación jurídica, la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria de este Tribunal ha establecido lo siguiente:

En sentencia 11/2006, relativa al criterio sobre el desistimiento en las apelaciones que conoce este alto Tribunal, ejercidas en los recursos contenciosos administrativos agrarios, se estableció lo siguiente:

*“En el contexto del procedimiento contencioso administrativo especial agrario, el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario dispone: **La apelación deberá contener las razones de hecho y de derecho en que se funde.***

***La norma cuya reproducción antecede, obliga a la parte apelante a ejercer el recurso en cuestión, explicando cuáles son los motivos fácticos y jurídicos por los cuales considera que el fallo apelado debe ser anulado. Ahora bien, (...) el artículo 188 del mencionado texto normativo señala: Vencido el último de los términos señalados en el artículo anterior, empezará a computarse un lapso de diez (10) días hábiles para que tenga lugar la audiencia oral para los informes. Conforme al artículo previamente transcrito, esta Sala fija una fecha específica para que las partes, en especial la apelante, concurra para tenga lugar la celebración de una audiencia oral en la que se presenten los respectivos informes relacionados con el recurso en cuestión (...). Si bien es cierto que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario no estableció la obligatoriedad que tienen las partes, en especial el apelante, de acudir a dicha audiencia oral, es imprescindible señalar que la misma debe adquirir tal carácter sustentado en los principios que rigen el procedimiento agrario; entre los cuales, la oralidad e inmediatez, son básicos para la consecución y materialización de una verdadera justicia social. Más aún, al comparecer a la audiencia se demuestra un interés real y verdadero en la solución de la litis; la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia de informes, impide tanto a los Magistrados de esta Sala, así como a los justiciables, la proposición de métodos alternos de resolución de conflictos, que procuren beneficios para las partes y para el mismo sistema de administración de justicia. (...) En consecuencia, y conforme a lo expuesto previamente, se considerará como desistido el recurso de apelación propuesto, cuando la parte apelante no concurra a la audiencia oral de informes establecida en el artículo 188 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Así se establece”** (Negrillas de esta Sala).*

De acuerdo al criterio parcialmente expuesto, se observa como la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, plantea el caso de las apelaciones sin fundamentación jurídica, conjuntamente con la no comparecencia de la parte a la audiencia oral de informes, teniendo esto como consecuencia un desinterés en las resultas del juicio, obteniendo la parte un desistimiento de la apelación.

Posteriormente la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, mediante sentencia N° 1528 de fecha 15 de octubre de 2009, estableció lo siguiente:

“Ahora bien, es preciso indicar que el referido criterio jurisprudencial, evidenciado en sentencias N° 2141 del 15 de diciembre del año 2008, N° 119 y N° 124 del 10 de febrero del año 2009, entre otras, se ampara en la aplicación de principios procesales destinados a la consecución de medios alternos de resolución de conflictos, en procura de una verdadera justicia social, así como también se sustenta en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual contiene la normativa aplicable en este alto Tribunal, por lo que el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, no debió aplicar tal criterio al tratarse en presente caso de un procedimiento ordinario agrario. Lo anteriormente indicado, estriba en las distintas diferencias que existen entre un procedimiento y otro, principalmente en que la segunda instancia, en el contencioso administrativo agrario, compete a esta Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social de este máximo Tribunal, la cual se erige como un tribunal colegiado que dirimirá sobre el recurso de apelación que se ha propuesto en el tribunal de la causa, siendo menester señalarle al sentenciador que dictó la recurrida,

que al estar constituida esta Sala por varios Magistrados integrantes de la cúspide del poder judicial venezolano, sería arduo -amén del retraso que puede causar para decidir otras controversias- reunirlos a todos, antes de la audiencia oral, para plantearle métodos alternos de resolución de conflictos, es por ello, la necesidad de que comparezca el apelante a dicho acto procesal.”

Ahora bien, se observa en el presente caso, el cambio de criterio de la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, específicamente en cuanto a la comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes en el procedimiento contencioso administrativo agrario.

En este mismo orden de ideas, se observa que la sentencia objeto de la presente revisión estableció lo siguiente:

“Igualmente, y en atención que de las actas que conforman el presente expediente no se evidencia de forma alguna que, la querrelada apelante haya fundamentado su apelación tal como fue expresado (...), ni que, en la presente incidencia la misma parte, haya promovido prueba alguna para fundamentar su apelación, aunado a que no compareció a la audiencia de informes, lo cual demuestra evidentemente un desinterés en las results que recaiga sobre la apelación formulada. Motivo por el cual este sentenciador declara desistida la apelación interpuesta”. (Subrayado y negrillas del texto).

Dicho lo anterior, determina esta Sala Constitucional que en el caso *sub iudice*, el entonces Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, declaró desistida la apelación ejercida contra la sentencia definitiva dictada el 25 de junio de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, que declaró con lugar la querrela interdictal restitutoria (acción posesoria) ejercida por los ciudadanos Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez, contra los ciudadanos Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto, motivado a la no fundamentación de la apelación por parte de los apelantes, la no promoción de pruebas por parte de éstos y su no comparecencia a la audiencia oral de informes, por lo que la situación controvertida tiene como marco jurídico en el procedimiento ordinario agrario, previsto en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Efectivamente, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en el Capítulo referido a los procedimientos contenciosos administrativos agrarios y de las demandas contra los entes estatales agrarios, dispone en su artículo 175 lo siguiente:

“La apelación deberá contener las razones de hecho y de derecho en que se funde”.

Por otra parte, la referida Ley especial, en el marco del procedimiento ordinario agrario, establece en su artículo 228 en cuanto al régimen aplicable a las apelaciones lo siguiente:

“La sentencia definitiva es apelable en ambos efectos, dentro de un lapso de cinco días de despacho, computados a partir del día siguiente de la publicación del fallo o de las notificación de las partes si el mismo hubiere sido publicado fuera del lapso establecido en el artículo anterior.

En el procedimiento oral las sentencias interlocutorias son inapelables, salvo disposición especial en contrario.”

Observa esta Sala Constitucional, que el legislador no estableció la exigencia de la fundamentación de la apelación para las causas dirimidas a través del procedimiento ordinario agrario, como efectivamente lo hiciera para el contencioso administrativo agrario en el artículo 175 *ut-supra* citado, sin embargo en el caso de marras, el solicitante de la revisión, realizó una apelación de manera genérica o sin fundamento jurídico alguno, es decir, no expuso las

razones de hecho y de derecho que sustentaran la misma, aunado al hecho cierto que no promovió prueba alguna, y por último tampoco compareció a la audiencia oral de informes, lo cual, como lo sostuviera el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda y Vargas en la recurrida, demuestra una falta absoluta de interés en las resultas del procedimiento, por lo que mal podría pretender que por vía de revisión constitucional, darle continuidad jurídica a una apelación que no fundamentó.

Por lo que en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para que proceda la revisión solicitada, ya que no se considera que existan “*errores grotescos*” de interpretación de normas constitucionales ni se evidencia que con el mismo se desconozca algún criterio interpretativo de normas constitucionales, que haya sido asentado por esta Sala Constitucional, es decir, no puede señalarse que el referido Juzgado incurrió en el presente caso en una interpretación contraria a algún criterio jurisprudencial previamente establecido por esta Sala, sino que lo que se aprecia es la disconformidad del quejoso con la sentencia de autos que le fuera adversa, lo cual no es suficiente para que proceda el mecanismo extraordinario de la revisión constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala Constitucional, decide no hacer uso de tal potestad, toda vez que tal como se apuntó, no contribuye de forma alguna a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, por lo que, en consecuencia, declara no ha lugar la presente solicitud de revisión. Así se declara.

No obstante a lo decidido, considera esta Sala Constitucional que sobre el caso *sub iudice*, resulta necesario formular algunas consideraciones de orden jurisprudencial y doctrinario a los fines de determinar el procedimiento atinente y aplicable a seguir en el supuesto de la no fundamentación de la apelación, así como la no asistencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes tanto para el caso del procedimiento ordinario agrario como del contencioso administrativo agrario, todo en aras de la uniformidad de la jurisprudencia sobre los criterios a seguir por los tribunales pertenecientes a la competencia agraria de nuestro país.

Como es sabido, el recurso de apelación está concebido como un recurso de carácter ordinario, que busca un pronunciamiento de un tribunal de alzada (juez *ad-quem*), para que revoque, modifique o anule una determinada resolución judicial.

En principio, la regla general de las normas procesales ha sido que la apelación no debe fundamentarse, de manera que la expresión de los agravios y la sustentación del recurso se pueden realizar por separado ante la instancia superior que conocerá del mismo.

Sin embargo, muchas de las leyes procesales de la República, como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para el contencioso administrativo, han establecido la obligatoriedad de la fundamentación de la apelación de sentencias, pretendiendo del apelante, que éste delimite los motivos de impugnación que desea formular contra el fallo recurrido, lo cual delimitará la controversia en la segunda instancia, a los fines de que el juez *ad-quem*, en caso de resultar procedente, corrija o enmiende los vicios o irregularidades que se imputan a la decisión.

Ahora bien, en el caso del procedimiento ordinario agrario, como lo indicábamos en líneas precedentes, tal exigencia no fue establecida de manera expresa por el legislador, sin embargo esta Sala Constitucional determina que la parte que ejerce un recurso de apelación debe fundamentar el mismo en la oportunidad en que interponga dicho mecanismo de defensa ante el tribunal que dictó el fallo cuyos efectos se procuran revertir, ya que, como se ha

visto en la práctica, hacerlo de manera verbal ante el juez *ad-quem*, directamente en la audiencia oral de informes, pudiera implicar un desequilibrio procesal entre las partes que han acudido a la sede agraria para dirimir un conflicto con motivo a las actividades agrarias, al no poder conocer una de estas, previo a la audiencia oral de informes, cuáles son los argumentos en que la otra sustentará el recurso ejercido.

Debemos recordar que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al derecho a la defensa y al debido proceso, se constituye como un derecho complejo que encierra dentro de sí un conjunto de garantías diversas para el justiciable, que resultan aplicables a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

En este orden de ideas, el derecho a la defensa tiene dentro de sus pilares fundamentales el derecho a que el justiciable pueda acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, por lo que no permitirle conocer oportunamente los motivos de hecho y de derecho en que se funde la apelación, crearía un desequilibrio procesal en perjuicio de una de las partes, al no poder conocer esta, con el suficiente tiempo antes de la celebración de la audiencia oral de informes, cuáles son los argumentos en que la otra sustentará el recurso ejercido, impidiéndole de esta manera ejercer adecuadamente el ejercicio pleno de su derecho a la defensa, y vulnerando los principios consagrados en los artículos 26 y 257 de nuestra Ley Fundamental, situación que debe ser corregida por esta Sala Constitucional en su diaria labor tuitiva de la Constitución.

Dicho lo anterior, es importante traer a colación sentencia N° 2283 dictada por esta Sala, en fecha 18 de diciembre de 2007 caso: “Agropecuaria El Carmen”, donde se realizó una interpretación constitucionalizante en la casación agrario donde se estableció:

En atención a lo expuesto, si bien el principio procesal -pro actione- no tiene un igual grado de intensidad en el derecho de los recursos, existe una obligación constitucional para todos los jueces de interpretar las normas de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias, en consecuencia, dicho principio interpretativo, el cual resulta cónsono con el principio de supremacía constitucional –ex artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, deben guiar la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a los órganos jurisdiccionales podría desembocar en una situación de anarquía recursiva y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales, ya que algunos de ellos lucen como atentatorios al derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, los presupuestos legales de acceso al proceso o a los recursos deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, lo cual se traduce en la búsqueda de la finalidad del presupuesto legal de acceso por encima del estricto acatamiento de la mera formalidad procesal. Valorados los elementos interpretativos y normas que rigen el caso concreto, esta Sala estima que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia incurrió en el fallo objeto de la presente revisión constitucional en una interpretación inconstitucional, la cual no sólo se da cuando el juez ordinario aplica una ley inconstitucional y no procede a su desaplicación, disponiendo de los medios utilizables para ello mediante la desaplicación de la norma por control difuso de la constitucionalidad y en respeto y garantía del principio de supremacía constitucional, sino también cuando su decisión infringe los derechos garantizados en la Constitución por cualquier otra causa (desconociéndolos en su totalidad, haciéndolos nugatorios de su ejercicio o menoscabando el desarrollo de los mismos, de manera tal en su esencia que queden desprovistos de toda operatividad), habiendo la referida Sala incurrido como previamente se ha expresado en el segundo de los supuestos mencionados (Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco; “¿Divide et obtempera?. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de protección en los Derechos”, REDC 67/2003, pp. 49-67). En efecto, el juez al momento de

*interpretar normas que restrinjan derechos constitucionales debe ser cauteloso y precavido en su actuar, por cuanto éste debe tratar de lograr la interpretación más acorde con la norma superior, en este caso, con la norma constitucional, en aras de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales, por lo que no debe convertirse el juez en un mero subsumidor de hechos en la norma y menos aun cuando éstas no se encuentran consagradas de manera expresa, sino que debe el mismo, propender por la validez y adecuación del derecho en protección de la tutela judicial de los justiciables. De ello resulta pues, que en orden a lograr la debida proporcionalidad que debe observarse entre el requisito exigido y la consecuencia jurídica aplicable, es que los órganos judiciales deben propender a establecer un criterio restrictivo en el ámbito de la inadmisibilidad y, en consecuencia, favorable al enjuiciamiento del fondo del asunto, en aras de proveerle un valor de relevancia al derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos del Estado. En consecuencia, debió la referida Sala en el caso de marras, así como en otros, conforme al criterio expuesto por la mencionada Sala Especial Agraria en fallo N° 531/2002, no sólo verificar que ciertamente el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, se haya pronunciado sobre el argumento expuesto por la parte demandada en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario en segunda instancia para los juicios de ejecución de hipoteca y no el procedimiento establecido en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 4.595/2005-, y pasar a verificar la procedencia del mismo, ya que tal silencio vulneró los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.340/2002, 2.036/2002 y 3.711/2005, entre otras); sino considerar a el fin de conocer el fondo del asunto planteado en las denuncias contenidas en el recurso de casación, que la disconformidad relativa a condenatoria en costas entre la decisión del Juzgado de Primera Instancia Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el mencionado Juzgado Superior Primero Agrario, resultaba suficiente para el conocimiento del fondo del asunto, todo ello en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos antes expuestos. Ahora bien, la Sala advierte que si bien no puede aplicar retroactivamente el criterio vinculante contenido en el fallo N° 2.089/07, en aras de tutelar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima -atendiendo a la determinación de sus efectos dispuesta en la referida decisión, la cual estableció que “(...) **reinterpreta por interés constitucional con carácter vinculante el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, a partir del presente fallo, en cuanto a la eliminación del requisito de disconformidad de los fallos obtenidos en la instancia para poder ejercer el recurso de casación (...)**” y que “(...) sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación para la fecha de la publicación de la presente decisión (...)”-lo cierto es que la referida sentencia viola normas constitucionales que tienen incidencia en la preservación de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, alterando incluso, la igualdad procesal de las partes al no analizar, criticar y valorar sus alegatos; o igualmente viola normas donde está interesado el interés público, especialmente, el de protección del destinatario o beneficiario del texto legal aplicable...’; la Sala podría declarar la admisibilidad del recurso de casación anunciado (...)” y, de esta Sala, en relación a la interrelación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad de los presupuestos procesales -Vid. Sentencia de esta Sala N° 5.043/2005-. En consecuencia, debe concluir esta Sala que el juez de casación en el fallo objeto de revisión constitucional obvió el respeto y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).” (Cursivas, negrillas y Subrayado de la Sala).*

Así pues, considera esta Sala Constitucional necesario establecer con carácter constitucionalizante, en aras de salvaguardar el derecho a la defensa y el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el contenido de los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por lo que deberá entenderse como de obligatorio cumplimiento la fundamentación de la apelación, como me-

dio de gravamen de las sentencias interlocutorias y definitivas dictadas en el marco del procedimiento contencioso administrativo agrario y de las demandas patrimoniales contra los entes agrarios, así como contra aquellas proferidas en el marco del procedimiento ordinario agrario, incluyendo las relativas a las medidas cautelares agrarias establecidas en el artículo 196 *eiusdem*, debiendo el juez de la primera instancia, **proceder a inadmitirla o negarla**, en caso que ésta se formule de forma genérica, es decir, sin las formalidades técnico-procesales como lo son la debida exposición de las razones de hecho y derecho en que se funde.

Otro de los aspectos que resulta importante analizar, es el relativo a la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, por cuanto la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en principio no establece sanción alguna para las partes que no asistan a la misma, en especial el apelante que ha fundamentado debidamente su apelación, por lo que en principio pudiese existir un vacío legal ante esta situación jurídica.

En este caso, es necesario traer a colación los principios rectores del Derecho Procesal Agrario venezolano, entendidos éstos como los principios generales que rigen los procedimientos en esta materia especial, específicamente los referidos a la oralidad, intermediación y el carácter social del proceso agrario, los cuales son de una importancia cardinal para la consecución y materialización de una verdadera justicia social.

En ese sentido, los procedimientos jurisdiccionales agrarios, no obstante estar basados en un sistema mixto o semi-oral, necesariamente están llamados a propiciar el contacto directo con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso, en especial entre el juez y las partes, lo cual se verifica con la inmediatez en la obtención de las pruebas, y en especial la celebración de la audiencia oral de informes, como máxima expresión del proceso oral.

Al respecto, el artículo aludido 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, relativo al procedimiento a seguir en segunda instancia, establece que:

“Oída la apelación, al ser recibidos los autos, el Juzgado Superior Agrario les dará entrada y fijará un lapso de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar las pruebas permitidas en segunda instancia. El Juzgado podrá instruir las que crea conveniente. En la alzada podrán producirse las pruebas de instrumentos públicos, posiciones juradas y el juramento decisorio. Precluido el lapso probatorio, se fijará una audiencia oral, la cual se verificará al tercer día de despacho siguiente a la preclusión del lapso anterior, en la cual se evacuarán las pruebas y se oirán los informes de las partes. Verificada esta audiencia, se dictará sentencia en audiencia oral dentro de los tres días de despacho siguientes a la preclusión de la misma. El juez o jueza deberá extender la publicación del fallo en el expediente, dentro de los diez días continuos siguientes al proferimiento oral de la sentencia.”

Como se colige de la citada norma especial, la audiencia oral de informes resulta el acto procesal de mayor importancia con que cuenta la doble instancia agraria en las causas dirimidas por el procedimiento ordinario agrario, donde los principios citados de oralidad, intermediación y concentración se armonizan entre sí para permitirle al juez evacuar directamente las pruebas promovidas y escuchar los informes del apelante que busca enervar los efectos de la recurrida, para luego proceder a dictar una sentencia sobre la base de los resultados de un enriquecedor debate oral. Por lo que la no participación activa en especial de la parte apelante en la referida audiencia oral y pública desdibuja el sentido que pretendió otorgarle el legislador.

Sobre la obligatoriedad de comparecer a las audiencias, esta Sala Constitucional, considera necesario traer a colación lo previsto en el Capítulo V, del Procedimiento de Segunda Instancia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 164 que establece:

*“En el día y hora señalados por el Tribunal Superior del Trabajo para la realización de la audiencia, se producirá la vista de la causa bajo la suprema y personal dirección del Tribunal. En el supuesto que no compareciere a dicha audiencia la parte apelante, **se declarará desistida la apelación** y el expediente será remitido al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución correspondiente”.*

En este orden de ideas, y tal y como lo indica la normativa de Derecho laboral *supra* citada, tenemos, que la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, no obstante haber fundamentado debidamente su recurso, demuestra un desinterés real y verdadero en la solución de la litis; impidiendo una correcta valoración de la causa en la justa aplicación de los principios rectores del derecho agrario venezolano, así como también, le dificultan al juez plantear la posibilidad de métodos alternos de resolución de conflictos, que procuren beneficios para las partes, ya que sería irresponsable de la parte quien ejerce el referido recurso, activar al sistema de Administración de Justicia para después, demostrar su desinterés en las resultas de caso y abandonar el proceso.

Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Sala Constitucional determina que se deberá **declarar desistido el recurso de apelación**, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado una prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación. Conforme a los principios establecidos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

Ahora bien, a los fines de fijar la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el presente fallo a los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y las consecuencias procesales que de ésta se deriva, esta Sala Constitucional debe ponderar la incidencia respecto a los juicios existentes y finalizados en aplicación de un criterio de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

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

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

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

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

En atención a lo expuesto, si bien el principio procesal *-pro actione-* no tiene un igual grado de intensidad en el derecho de los recursos, existe una obligación constitucional para todos los jueces de interpretar las normas de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias, en consecuencia, dicho principio interpretativo, el cual resulta cónsono con el principio de supremacía constitucional *-ex artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-*, deben guiar la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a los órganos jurisdiccionales podría desembocar en una situación de anarquía recursiva y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales, ya que algunos de ellos lucen como atentatorios al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, los presupuestos legales de acceso al proceso o a los recursos deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, lo cual se traduce en la búsqueda de la finalidad del presupuesto legal de acceso por encima del estricto acatamiento de la mera formalidad procesal.

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

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

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

Así, esta Sala incluso en supuestos en los que la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, ha considerado que la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la

exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia -Vid. Sentencias de la Sala Nros. 1.488/2006, 2.413/2006, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, 49/2009 y 53/2009-.

En resumen, considera esta Sala Constitucional necesario reinterpretar con carácter constitucionalizante, en aras de salvaguardar el derecho a la defensa y el debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el contenido de los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por lo que deberá entenderse como de obligatorio cumplimiento la fundamentación de la apelación, como medio de gravamen de las sentencias interlocutorias y definitivas dictadas en el marco del procedimiento contencioso administrativo agrario y de las demandas patrimoniales contra los entes agrarios, así como contra aquellas proferidas en el marco del procedimiento ordinario agrario, incluyendo las relativas a las medidas cautelares agrarias establecidas en el artículo 196 *eiusdem*, debiendo el juez de la primera instancia, **proceder a inadmitirla o negarla**, en caso que ésta se formule de forma genérica, es decir, sin las formalidades técnico-procesales como lo son la debida exposición de las razones de hecho y derecho en que se funde. De igual manera, esta Sala Constitucional determina que se deberá **declarar desistido el recurso de apelación propuesto**, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado un prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación. Y así se establece. Finalmente, esta Sala considera inoficioso pronunciarse en cuanto a la medida cautelar solicitada. Y así se establece.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala a los fines de garantizar los principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho, y dado que como consecuencia de la presente revisión y de la fijación de un criterio con carácter vinculante establecido en el presente fallo, se generaría -en caso de establecerse con carácter retroactivo el contenido de la presente decisión- una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos e incluso un caos procesal en todo el sistema jurisdiccional agrario, en el presente caso se fija la aplicación en el tiempo de la interpretación sobre el aspecto y cargas procesales *supra* señalado en el presente fallo con carácter *ex nunc*, resultando aplicables a las apelaciones formuladas con posterioridad a partir de la publicación de la presente sentencia, de igual manera, se ordena la publicación en la Gaceta Judicial. Así se declara.

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

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de ordenanzas municipales y leyes estatales*

TSJ-SC (344)

16-4-2013

Magistrada Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cervecería Polar, C.A. Impugnación de la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua

El criterio acogido por el constituyente y seguido por el legislador para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende a la jerarquía del acto objeto de impugnación respecto de la Carta Magna, esto es, que dicho acto tenga una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre su competencia para conocer de la presente causa y, a tal efecto, observa:

El caso de autos versa sobre un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua, sancionada por el Consejo Legislativo del Estado Lara y publicada en la Gaceta Oficial del Estado Lara N° 1.983 del 17 de agosto de 2012.

El artículo 336, cardinal 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como atribución de la Sala Constitucional, “...[d]eclarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella”.

En ese mismo sentido, el artículo 25 en su cardinal 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “...[d]eclarar la nulidad total o parcial de las constituciones y **leyes estatales**, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella”. (destacado agregado)

De lo anterior se desprende, que el criterio acogido por el constituyente y seguido por el legislador para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende a la jerarquía del acto objeto de impugnación respecto de la Carta Magna, esto es, que dicho acto tenga una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.

En el caso que nos ocupa, observa la Sala que la pretensión principal del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad es la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua, motivo por el cual esta Sala, de conformidad con lo expuesto precedentemente, resulta competente para conocer del recurso de nulidad interpuesto; y así se declara.

TSJ-SC (690)

12-6-2013

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Impugnación de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal

Las Sala reitera que lo fundamental para la determinación de la competencia, cuando se alega la inconstitucionalidad de una ordenanza, es precisar si la Ordenanza objetada regula de manera primaria alguna de las competencias o de las potestades que la Constitución le otorga a los Municipios en los artículos 178 y 179.

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer del recurso de nulidad ejercido contra los artículos 6, 7, 10, 12, 17, 20, 21, 22, 23, 37, 38, 39, 43, 49, 50 y 250 de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, dictada por el Concejo Municipal de dicho Municipio, y publicada en la *Gaceta Municipal* de esa entidad municipal, N° 156 extraordinario, del 18 de diciembre de 2012, y a tal efecto, observa:

El artículo 336, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Artículo 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella”.

De igual manera, el artículo 25, numeral 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que es competencia de esta Sala Constitucional:

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

Ahora bien, atendiendo a las normas antes señaladas, resulta claro que la Sala sería competente para declarar la nulidad total o parcial de las ordenanzas municipales, mas es necesario establecer si la naturaleza de la ordenanza objeto del recurso interpuesto, ha sido dictada en ejecución directa e inmediata de la Constitución, o en ejecución indirecta y mediata de dicho Texto Fundamental, puesto que en cada caso variará la competencia para ejercer la ya analizada jurisdicción constitucional.

Así razonó la Sala en su decisión N° 532 del 22 de marzo de 2002, caso: *Bolívar Banco Universal C.A.*, cuando apuntó que “...debe la Sala especificar que la circunstancia de que en algunas Ordenanzas aparezca la alusión a normas legales, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, entre otras, no significa que la misma haya sido, efectivamente, dictada en ejecución directa de la Ley y no de la Constitución, pues lo fundamental para la determinación de la competencia en estos casos, como el de autos, es si –verdaderamente- la Ordenanza objetada regula de manera primaria alguna de las competencias o de las potestades que la Constitución le otorga a los Municipios en los artículos 178 y 179...”

En tal virtud, es del propio texto de la ordenanza recurrida, que debe analizarse su naturaleza, para así determinar la competencia para el conocimiento de la inconstitucionalidad alegada.

Siendo ello así, constata la Sala, sin prejuzgar sobre el fondo del recurso, que la ordenanza tiene por objeto “...establecer las normas para la organización y presentación de eventos taurinos en el Municipio San Cristóbal, ya sea durante la temporada taurina de la Feria Internacional de San Sebastián o los eventos taurinos que se presenten durante el resto del año...” (ex artículo 1 de la Ordenanza impugnada), con lo cual se circunscribe a la materia de espectáculos públicos, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales, estando ello dentro de las competencias municipales que el artículo 178, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asigna a los municipios, por lo que la ordenanza aquí impugnada ha sido dictada en ejecución directa de dicha disposición constitucional.

En tal sentido, la ordenanza que fue objeto de la demanda de nulidad, al haber sido dictada en ejecución inmediata y directa de la Constitución, está dentro del control concentrado que corresponde a la Sala Constitucional en ejercicio de la jurisdicción en materia constitucional y en consecuencia, esta Sala se declara competente para conocer del presente recurso de nulidad. Así se decide.

B. *Objeto: Leyes derogadas*

TSJ-SC (624)

30-5-2013

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia.

El hecho de que la norma se encuentre actualmente derogada, no implica necesariamente la extinción de sus efectos en el tiempo, pues pueden haber actos administrativos que se hayan basado en la misma y cuya validez se encuentre actualmente debatida, con lo cual, el pronunciamiento que se emita sobre su constitucionalidad, en abstracto, incidiría en los eventuales juicios contenciosos que estuvieran pendientes, ya que la nulidad *erga omnes* de la disposición bajo análisis, dejaría a dichos actos administrativos sin fundamento jurídico válido.

De manera preliminar, esta Sala debe pronunciarse sobre el argumento expuesto tanto por la Síndico Procurador del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, como por el Presidente del Concejo Municipal de la referida entidad, sobre la derogatoria de la norma cuya constitucionalidad se analiza y el eventual decaimiento del asunto.

Al respecto, si bien consta en autos que el Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia reformó la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar y, dicha reforma, implicó la derogatoria expresa de la Ordenanza del año 2005, en la cual, estaba positivizada la disposición bajo examen, no es menos cierto que, la naturaleza tributaria del artículo cuya constitucionalidad se debate, pudiera seguir presentando ultra actividad como fundamento jurídico de actuaciones de la Administración tributaria municipal sobre la esfera jurídica de los contribuyentes del Municipio.

En efecto, el hecho de que la norma se encuentre actualmente derogada, no implica necesariamente la extinción de sus efectos en el tiempo, pues pueden haber actos administrativos que se hayan basado en la misma y cuya validez se encuentre actualmente debatida, con lo cual, el pronunciamiento que se emita sobre su constitucionalidad, en abstracto, incidiría en los eventuales juicios contenciosos que estuvieran pendientes, ya que la nulidad *erga omnes* de la disposición bajo análisis, dejaría a dichos actos administrativos sin fundamento jurídico válido.

Por tal razón, considera esta Sala que persiste un interés jurídico actual en que se realice un análisis abstracto sobre la constitucionalidad del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005. Así se declara.

C. *Declaratoria de mero derecho*

TSJ-SC (690)

12-6-2013

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: José Rafael Román Pernía. Impugnación de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal

En principio, el demandante no puede solicitar *ab initio* la declaración del asunto como de mero derecho, sino que debe esperar a que las demás partes involucradas en el juicio traben la litis y, expresa o tácitamente, muestren su conformidad con el planteamiento efectuado.

Respecto de la solicitud de tramitación de la causa como un asunto de mero derecho, cabe destacar que conforme al artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es necesario que ninguna de las partes interesadas promueva pruebas distintas a las documentales para que la tramitación del juicio omita la fijación de audiencia y entre, consecuentemente, en fase de sentencia. Por tanto, bajo el esquema procesal previsto en la señalada Ley para las demandas sujetas a tramitación, no sería posible, en principio, que el demandante solicite *ab initio* la declaración del asunto como de mero derecho, sino que debe esperar a que las demás partes involucradas en el juicio traben la litis y, expresa o tácitamente, muestren su conformidad con el planteamiento efectuado (al respecto, vid. sentencias n.ºs 113/2013, caso: *Contralor Municipal del Municipio Guásimos del estado Táchira*; y 529/2013, caso: *Ángel Ramón Villegas Ramos*). En consecuencia, esta Sala desestima la solicitud propuesta, pues considera indispensable en la presente causa seguir la sustanciación normal del proceso de nulidad, para garantizar el derecho a ser oído de las partes y los terceros interesados. Así se decide.

D. *Acumulación*

TSJ-SC (610)

23-5-2013

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cecilia Sosa Gómez. Impugnación de la Ley de Costos y Precios Justos.

La figura de la acumulación procesal consiste en la unificación, dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión para que, mediante una sola sentencia éstas sean decididas y, con ello, se eviten decisiones contradictorias que puedan versar sobre un mismo asunto, así como garantizar los principios de economía y no contradicción.

Finalmente, por notoriedad judicial, conoce esta Sala que cursa bajo el expediente N° 12-0293, la demanda de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por los representantes judiciales del Consejo Nacional de Comercio y los Servicios(CONSECOMERCIO), contra el Decreto N° 8.331 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.715, del 18 de julio de 2011, demanda la cual fue admitida mediante sentencia N° 1.666 del 6 de diciembre de 2012.

Al respecto, la Sala observa que la figura de la acumulación procesal consiste en la unificación, dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión para que, mediante una sola sentencia éstas sean decididas y, con ello, se eviten decisiones contra-

dictorias que puedan versar sobre un mismo asunto, así como garantizar los principios de economía y no contradicción. El primero, consiste en el ahorro de tiempo y de dinero en la obtención de la finalidad del proceso, que es realizar el derecho con el mínimo de gasto y esfuerzo; y el segundo, principio lógico jurídico según el cual dos conductas no pueden estar, en el mismo lugar y tiempo, permitidas y prohibidas, y que en el campo específico de las proposiciones lógicas del derecho procesal, postula que dos sentencias contradictorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.

Para que proceda la acumulación procesal es necesario que se dé la presencia de dos o más procesos y que exista entre ellos una relación de accesoriidad, conexión o continencia. Se requiere, además, que no se den ninguno de los presupuestos que enumera el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, que prohíben la acumulación de autos o de procesos, a saber: cuando éstos no estuvieren en una misma instancia, cuando se trate de procesos que cursen en tribunales distintos, cuando se trate de asuntos que tengan procedimientos incompatibles, cuando en uno de los procesos que deban acumularse estuviere vencido el lapso de promoción de pruebas y cuando no estuvieren citadas las partes para la contestación de la demanda en ambos procesos. En acatamiento de las normas procesales que rigen la acumulación, las cuales resultan aplicables al procedimiento de nulidad por la remisión expresa contenida en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala observa que en ambas causas se solicitó la nulidad de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.

Sobre la base de lo expuesto, esta Sala advierte que en ambas causas existe plena identidad en cuanto al objeto de la pretensión, ya que el acto cuestionado versa, por una parte contra los artículos 4 numerales 1, 2, 3 y 4; artículos 7, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 31 numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, y 20; artículo 37 último aparte, artículo 43 literales b, c y su último aparte, artículo 44 numerales 1 y 2; y los artículos 45, 46, 47, 60, 61, 62, 63, 64, 73, 78, 81, 82 y 85 del Decreto N° 8.331, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.715, del 18 de julio de 2011, y la causa, la cual ya fue admitida por esta Sala, comprende la impugnación de la totalidad del referido texto normativo, por lo que, cumplidos con los supuestos de conexidad a los que se refiere la norma procesal, considera necesaria la acumulación para su tramitación y decisión conjuntas. Así se decide. De ello resulta pues, que precisado lo anterior y visto que la causa contenida en el expediente N° 12-0293, previno en relación con la presente causa, esta Sala en atención a lo previsto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil y no existiendo supuesto alguno de los contemplados en el artículo 81 *eiusdem* que impida la acumulación, procede a acordar ésta, a fin de evitar sentencias contradictorias y en aras de la celeridad y economía procesal.

En consecuencia, se acumula esta causa (Exp. N° 2011-1281) en el expediente que cursa en esta Sala con el N° 12-0293, por lo que se suspende la tramitación del expediente N° 12-0293, hasta tanto la presente causa se encuentre en el mismo estado, conforme al artículo 79 del Código de Procedimiento Civil, y así se declara (*vid.* Sentencia de esta Sala N° 685/2011).

E. *Medidas Cautelares*

TSJ-SC (344)

16-4-2013

Magistrada Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cervecería Polar, C.A. Impugnación de la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua

La Sala Constitucional reitera que la exigencia concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares. Asimismo, reitera que la suspensión de normas constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

Admitida la pretensión de nulidad, esta Sala observa que la parte recurrente, con basamento en lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, solicitó se dictara medida cautelar para que se suspendieran los efectos de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua.

En apoyo a su pretensión cautelar, en referencia al *fumus boni iuris*, sostuvo la recurrente que deriva de las denuncias esgrimidas en el libelo de demanda, en específico de la contradicción de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua con los artículos 62, 112, 115, 133, cardinal 7 del artículo 164, cardinal 3 del artículo 167, cardinal 2 del 179 y los artículos 211, 316 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del desconocimiento de la jurisprudencia dictada por esta Sala.

En referencia al *periculum in mora*, la recurrente sostiene que “se desprende del eventual pago de un tributo posiblemente inconstitucional, queda demostrado en virtud de la abierta desproporción de las tasas impugnadas. Estos tributos deben forzosamente guardar un razonable y proporcional equilibrio entre su cuantía, el costo y la naturaleza del servicio. De allí que la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua incurre en un supuesto de confiscatoriedad, en términos muy específicos que han sido reconocidos por la jurisprudencia de [esta] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Luego de efectuar un cuadro comparativo de los montos pagados bajo el imperio de las Leyes derogadas y la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua hoy impugnada, llegan a la suma de Bs. 986.255,00, por concepto de renovación de permisos.

Respecto de la ponderación de intereses, sostuvo la parte recurrente que de acordarse la medida no se empeora la situación de las finanzas del Estado Aragua y que existe una afectación plural por el cobro excesivo de tributos que son abiertamente confiscatorios.

Con el propósito de emitir pronunciamiento sobre tal petición, es menester destacar que los extremos requeridos por el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, son necesariamente concurrentes junto al especialmente consagrado en el párrafo primero del artículo 588 *eiusdem*, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación, cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que, faltando la prueba de cualquiera de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Las referidas normas hacen suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra fina-

lidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (Piero Calamandrei; *“Providencias Cautelares”*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que en función de la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que preceptúa la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus exigencias; y, al contrario, negarle tutela cautelar a quien observa plenamente los requerimientos implica una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la eficaz ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. Jesús González Pérez; *“El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss.). Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Se insiste, tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la medida preventiva. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y, más concretamente, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto, o bien para la determinación de sí, en el caso de autos, el interés general se vería favorecido por el otorgamiento de la medida.

Asimismo, respecto de la procedencia de medidas cautelares sobre normas, esta Sala mediante decisión N.º 2.306 del 18 de diciembre de 2007 (caso: *“Globovisión Tele, C.A.”*), declaró lo siguiente:

“Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la suspensión de los efectos de las normas constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas. Al efecto ha declarado que, por el contrario, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter erga omnes, las normas en principio deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez (...).

Por ello, estima la Sala, igual que ha declarado en demandas similares al presente y sobre el mismo asunto (ver, al respecto, fallo N.º 1417/2006), que no es posible acordar la medida de suspensión solicitada. No debe perderse de vista en ningún momento que la protección cautelar no puede ser considerada en los juicios de nulidad contra normas de la misma manera en que se haría frente a actos individuales. Las consecuencias en uno u otro caso son absolutamente distintas. Ello no implica negar el poder cautelar respecto de las normas, pero sí la necesidad de ser en extremo prudente.

En el caso de las normas tiene especial preponderancia el equilibrio de los intereses, lo que exige al juez no hacer pronunciamientos que, por generales, pueden causar trastornos que luego serán difíciles de remediar(...).

Por lo expuesto, esta Sala niega la medida solicitada, por cuanto la Sala, estima que la demanda requiere un análisis detenido que sólo podrá hacerse en la sentencia de fondo (...).

En el mismo sentido, esta Sala en su decisión N° 287/2008 (caso: “*Morris Sierralta Pe-
raza y Manuel Rojas Pérez*”), estableció lo siguiente:

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

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

En tal sentido, observa la Sala que en el presente asunto existe una identidad entre las denuncias esgrimidas como fundamento de la nulidad de la norma impugnada y los argumentos expuestos en la medida cautelar, lo que presupone que para poder emitir pronunciamiento respecto de la incidencia planteada con ocasión de la suspensión de efectos requeriría prejuzgar sobre el fondo del asunto debatido, tal es así cuando se discuten elementos propios del debate probatorio, como lo son la metodología empleada por el legislador y la supuesta desproporcionalidad de la norma. Ello así, luego de ponderar los intereses en conflicto en el caso *sub júdice*, esta Sala estima improcedente la medida cautelar solicitada. Así se decide.

TSJ-SC (516)

7-5-2013

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

La inaplicación de un instrumento normativo a través de una medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo desequilibrado de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad. Por tanto, su otorgamiento requiere de una verdadera y real justificación.

Para analizar la procedencia de la petición cautelar de suspensión de efectos solicitada por la parte demandante, esta Sala reitera que el poder cautelar del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza normativa, con el objeto de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva, así como en garantía de la tutela judicial efectiva; teniendo en cuenta, por supuesto, las circunstancias del caso concreto y la ponderación de los intereses en conflicto.

Ahora bien, la parte demandante solicitó decreto de medida cautelar en el sentido de que se ordene la suspensión de los efectos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana “...hasta tanto se obtenga una sentencia definitiva, ello con el objeto de garantizar que no quede ilusoria la ejecución del fallo que ha (sic) bien tenga dictar esta Sala y ante todo para evitar los daños de difícil e imposible resarcimiento originados por la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional al no disponer las normas sobre la transitoriedad para los expedientes que tramita la Inspectoría General de Tribunales y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, tanto en fase de investigación así como en fase de juicio[...]”; a cuyo efecto argumentó que se encuentran probados el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, como supuestos de procedencia para el decreto de dicha medida.

En relación con el otorgamiento de medidas cautelares de suspensión de instrumentos normativos, es determinante analizar no sólo la idoneidad y proporcionalidad de la protección solicitada, sino también ponderar si la suspensión temporal del instrumento normativo es susceptible de no causar perjuicios al interés colectivo o al eficiente desempeño de órganos o entes administrativos; así como garantizar la paz social y preservar la seguridad en las relaciones jurídicas, a fin de no obstaculizar la actuación de órganos del Estado indispensables para el ejercicio del principio de reciprocidad democrática.

En este sentido, la doctrina de la Sala en materia de solicitud de medida cautelar conjunta con la demanda de nulidad por inconstitucionalidad (*cf.* fallo N° 1181/2001 de 29 de junio, *caso: Ronald Blanco La Cruz*) ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, este tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde su publicación en la Gaceta Oficial, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado. Así también, debe tenerse en cuenta para la consideración de la cautelar solicitada que la inaplicación de un instrumento normativo a través de una medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo desequilibrado de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad. Por tanto, su otorgamiento requiere de una verdadera y real justificación.

Así entonces, partiendo de las premisas fundamentales para el otorgamiento de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, como son: i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma o instrumento normativo; ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la Sociedad, la Sala considera que no es procedente una suspensión temporal *in totum* del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, en los términos que ha sido solicitada, por cuanto la suspensión cautelar de la totalidad del articulado del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana constituiría un proveimiento anticipado del objeto de la nulidad, lo cual superaría con creces el fin cautelar de este tipo de solicitudes; en razón de lo cual, la Sala niega la medida cautelar solicitada en los términos descritos. Así se declara.

No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (que contempla la potestad cautelar oficiosa de esta Sala Constitucional), se estima pertinente hacer las siguientes consideraciones cautelares respecto de tres aspectos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; a saber: *i*) la aplicación a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; *ii*) la omisión del Inspector General de Tribunales en la estructura disciplinaria judicial así como el rol que ha de desempeñar en el procedimiento disciplinario; y *iii*) la extensión del régimen jurídico aplicable en el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces temporales, ocasionales, accidentales y provisorios.

2. *Recurso de revisión de sentencias en materia constitucional: Improcedencia contra sentencias de Tribunales arbitrales*

TSJ-SC (443)

6-5-2013

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Solicitud de revisión interpuesta por la Procuradora General del Estado Monagas, del laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral Ad-hoc el 7 de julio de 2004

Si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional.

Corresponde a esta sala proveer sobre la solicitud planteada y a tal efecto observa que el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene atribuida la facultad 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 (...)”.

Conforme a la citada disposición constitucional, el legislador estableció en los cardinales 10, 11 y 12, del artículo 25 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que es competencia de esta Sala revisar las sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales de la República, incluyendo las demás Sala de este Máximo Órgano Jurisdiccional.

De acuerdo con las referidas normas, la revisión constitucional tiene como presupuestos de procedencia: En primer lugar, que la solicitud verse sobre una sentencia, es decir, contra las decisiones que se dictan a consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. En segundo lugar, que dicha decisión emane del Poder Judicial, ya que, aun cuando el desarrollo de la potestad jurisdiccional no es exclusivo del Poder Judicial, sino que es la potestad preponderante de éste, que como todas las funciones esenciales del Estado, es compartida, conforme al principio de colaboración de poderes, entre las distintas ramas del Poder Público, tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, hacen expresa mención a que la potestad de revisión recae sobre las decisiones jurisdiccionales que dictan los órganos del Poder Judicial, es decir, los distintos tribunales de la República. En tercer lugar, que la decisión se encuentre definitivamente firme, lo cual supone, un fallo contra el cual no existen o se han agotado los respectivos medios de impugnación

Atendiendo a lo expuesto, se observa que si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional. Siendo ello así, concluye esta Sala que la presente solicitud no cumple con los supuestos de procedencia de la revisión constitucional y, por tanto, se desestima por improcedente, así se declara.

3. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Competencia*

TSJ-SP (37)

25-6-2013

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Richard Miguel Mardo Mardo vs. Luisa Ortega Díaz

El conocimiento en única instancia, de las acciones de amparo intentadas contra alguno de los funcionarios descritos en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es de la competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal

Corresponde a esta Sala Plena pronunciarse sobre su competencia para conocer la acción de amparo interpuesta por el ciudadano RICHARD MIGUEL MARDO MARDO, debidamente asistido por el abogado Rosnell Vladimir Carrasco B., contra la actuación de la ciudadana LUISA ORTEGA DÍAZ, en su carácter de Fiscal General de la República, denunciando al efecto, la presunta vulneración a sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la defensa, en el marco del proceso de antejuicio de mérito, seguido en su contra por la presunta comisión de los delitos de Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales previstos y sancionados en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario y el artículo 4 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada - aplicable *ratione temporis*-, respectivamente.

Sobre este particular es pertinente revisar las competencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y, al respecto, los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagran lo siguiente:

“Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

(Omissis)

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

Prosigue el aludido artículo constitucional precisando que las atribuciones señaladas en los numerales 2 y 3, serán ejercidas por la Sala Plena.

En consonancia con esta regulación, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estatuye las atribuciones de la Sala Plena en los términos siguientes:

“Son competencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, conocerá de la causa, previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.

2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los ministros o ministras del Poder Popular, del Procurador o Procuradora General de la República, del o la Fiscal General de la República, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, del Defensor Público o Defensora Pública General, de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, de los gobernadores o gobernadoras, oficiales generales y almirantes efectivos y en funciones de comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y, si el delito fuere político, conocerá de la causa hasta la sentencia definitiva.

3. Dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre tribunales de instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos.

4. Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes...”

Del examen de tales artículos se concluye que la Sala Plena cuenta con una competencia en lo jurisdiccional, delimitada para conocer de la declaratoria sobre si hay o no mérito para el enjuiciamiento de las máximas autoridades que en tales disposiciones se señalan; para dirimir los conflictos de competencia que se planteen entre juzgados de instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos; así como para ejercer las demás atribuciones que establezcan la Constitución de la República y las leyes.

En efecto, observa la Sala que actualmente está en conocimiento del asunto para el cual se declaró competente mediante el acto decisorio n.º 10 del 9 de abril de 2013, contentivo de la admisión en cuanto ha lugar en derecho de la solicitud de antejuicio de mérito presentada por la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, contra el ciudadano Richard Miguel Mardo Mardo, por la presunta comisión de los delitos de Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales previstos y sancionados en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario y el artículo 4 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada -aplicable *ratione temporis*-, respectivamente.

Ahora bien, se hace preciso distinguir que en el contexto de este procedimiento de antejuicio de mérito que se encuentra en curso, fue interpuesta la solicitud que examina la Sala en la presente ocasión, intitulada por la parte accionante como *“amparo sobrevenido”*.

Sobre la naturaleza de esta figura, la Sala Constitucional determinó en su Sentencia N° 851 del 7 de junio de 2011. Caso: *“Inversiones Imperator R-33 C.A.”* lo siguiente:

*“...[S]e estima imperioso analizar la señalada modalidad de amparo, conocida en la práctica forense bajo la denominación de ‘amparo sobrevenido’, pues el diverso trato que le ha sido conferido a dicho instituto por parte de la jurisprudencia y la doctrina ha llevado a discusiones complejas que, en lugar de remover obstáculos al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, **desincorporó del elenco de herramientas disponibles para el justiciable de un importante instrumento de garantía de sus derechos fundamentales.** Por ello, la Sala estima oportuno revisar los alcances de la doctrina en este sentido, con el fin de procurar una mayor comprensión de esta figura, como mecanismo asegurativo de tutela de los derechos fundamentales.*

(Omissis)

Es así como esta Sala, apenas iniciándose en su labor jurisdiccional desde su creación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (cfr. sentencia n° 01/2000 (caso: Emery Mata Millán), advirtió que 'no hay razón alguna para que el juez que dictó un fallo, donde ha debido ser cuidadoso en la aplicación de la Constitución, revoque su decisión, y en consecuencia trate de reparar un error, creando la mayor inseguridad jurídica y rompiendo así el principio, garante de tal seguridad jurídica, que establece que dictada una sentencia sujeta a apelación, ella no puede ser reformada o revocada por el Juez que la dictó'. En razón de ello, se dispuso en la referida sentencia que '[l]as violaciones a la Constitución que cometan los jueces serán conocidas por los jueces de la apelación, a menos que sea necesario restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, caso en que el amparo lo conocerá otro juez competente superior a quien cometió la falta, diferente a quien sentenció u ordenó el acto que contiene la violación o infracción constitucional, en estos casos, los que apliquen los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales'.

De esta manera, sólo en caso de que las infracciones causadas en el proceso no resultaren imputables al juez, éste quedaba autorizado para resolver lo conducente, ateniéndose al procedimiento previsto en los artículos 23 y siguientes de la ley especial.

(Omissis)

Comúnmente, emerge la confusión en cuanto al objeto de tutela en esta especie de amparo. En este sentido, se entendía —y de allí el adjetivo 'sobrevenido'— que tenía lugar para hacer frente a infracciones constitucionales causadas en el decurso de un proceso en trámite, por cualquiera de los sujetos que intervienen en él (integrantes del tribunal, partes, terceros, auxiliares de justicia, etcétera). Bajo esta tesis, el propio juez de la causa era el encargado de revertir la infracción constitucional mediante un proceso tramitado en cuaderno separado, y aun en los casos en los que él mismo fuese el autor de la lesión a la situación jurídica del agraviado, colocando en entredicho su propia imparcialidad y, con ello, amenazando todavía más el derecho al debido proceso del jurisdicente.

(Omissis)

*[L]os supuestos anotados **constituyen verdaderas modalidades de amparo autónomo** que, a juicio de la Sala, dan cuenta de la poca utilidad del adjetivo 'sobrevenido' para pretender calificar una subespecie del amparo que en nada guarda relación con el supuesto previsto en el artículo 6.5 de la tantas veces referida ley [Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales]. Debe quedar claro, sin embargo, que pueden existir amparos 'sobrevenidos', en el sentido de que se trate de infracciones constitucionales causadas en un proceso en trámite; **pero estas acciones serían amparos autónomos y no cautelares...**". (Resaltados de esta Sala)*

De la anterior transcripción se colige que la figura del "amparo sobrevenido", constituye una modalidad de amparo que ha sido objeto de revisión progresiva en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual ha arrojado que la misma consiste en "verdaderas modalidades de amparo autónomo".

En tal virtud, atendiendo a la naturaleza del fallo de la Sala Constitucional parcialmente transcrito y, a la comprensión concatenada de los alegatos esbozados en el escrito que ocupa actualmente a esta Sala Plena, se estima que se está en presencia de un amparo autónomo incoado contra la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su carácter de Fiscal General de la República.

Tal circunstancia conlleva a examinar el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual apunta lo siguiente:

“Artículo 7.- Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia...” (Resaltado de la Sala).

En ese mismo orden establece el artículo 8 *eiusdem*:

“Artículo 8.- La Corte Suprema de Justicia conocerá, en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de las acciones de amparo contra los hechos, actos y omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República. (Resaltado de la Sala).

Asimismo, el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

“Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.

(Omissis)

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional...”

Sobre este particular, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia n.º 1/2000, (caso: “*EmeryMata Millán*”), estableció:

“...Antes de examinar la admisibilidad de la solicitud de amparo presentada, es menester que esta Sala Constitucional establezca la cuestión relacionada con su competencia para conocer de la acción propuesta. Al respecto se observa lo siguiente:

*En la recientemente promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se creó el Tribunal Supremo de Justicia; a este Tribunal, por intermedio de su Sala Constitucional, le corresponde, conforme a lo dispuesto en el último aparte del artículo 266 de la Constitución, ejercer la jurisdicción constitucional. Además, las interpretaciones que haga la Sala Constitucional, en ejercicio de esa jurisdicción, son de carácter vinculante para las otras Salas de este Supremo Tribunal y demás Tribunales de la República (como se desprende del contenido del artículo 335 *eiusdem*) (sic).*

La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).

Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pau-

tas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

Por tanto, esta Sala establece que ha sido facultada en materia de amparo de la siguiente forma:

*Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna, es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. **Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por otra parte, debido a su condición de juez natural en la jurisdicción constitucional, la competencia que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha desaparecido, ya que la materia constitucional corresponde a esta Sala (téngase presente que la creación de una Sala con competencia constitucional, origina un criterio orgánico para delimitar la competencia en el cual se encuentran comprendidos, necesariamente, todos los asuntos relacionados con la Constitución).***

Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:

*1.- Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores.** Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. (Resaltados de esta Sala).*

Con base a lo anterior, tenemos que el conocimiento en única instancia, de las acciones de amparo intentadas contra alguno de los funcionarios descritos en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es de la competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal. Tal enunciado competencial se encuentra contenido, además, en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a saber:

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

(Omissis)

18. Conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos o altas funcionarias públicas nacionales de rango constitucional...”.

Con base en los razonamientos expuestos, y sin perjuicio de la decisión principal que corresponderá a esta Sala emitir en cuanto al procedimiento de antejuicio de mérito seguido contra el ciudadano RICHARD MIGUEL MARDOMARDO; dado que en el presente caso se planteó amparo constitucional contra la actuación de la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su carácter de Fiscal General de la República, debe esta Sala Plena declarar su incompetencia

para conocer y decidir la presente acción, y en consecuencia, declina su conocimiento en la jurisdicción constitucional, por órgano de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con base a lo establecido en el aparte *in fine* del artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Finalmente, habida cuenta de la presentación del escrito contentivo del amparo al que se ha hecho referencia en este fallo, en el marco del proceso de antejuicio de mérito seguido contra el ciudadano RICHARD MIGUEL MARDOMARDO, y la consecuente agregación del mismo en el expediente respectivo, se acuerda el desglose de éste y sus anexos, a los fines de su remisión a la Sala Constitucional mediante oficio.

B. *Procedimiento: Procedencia in limine litis*

TSJ-SC (993)

16-7-2013

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena vs. Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala Constitucional establece, con carácter vinculante, que en las demandas de amparo en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Admitida como ha sido la presente demanda de amparo presentada por los representantes del Ministerio Público, la Sala procede a realizar las siguientes consideraciones:

En la sentencia N° 7, febrero de 2000 la Sala ajustó a la nueva Carta Magna el procedimiento de amparo constitucional, de la siguiente manera:

(...)

Se mantuvo en dicha interpretación el criterio de la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia, N° 644, del 21 de mayo de 1996, con ponencia del Magistrado emérito Doctor Humberto J. La Roche, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por ser contrario a lo que disponía el único aparte del artículo del 49 y la última parte del artículo 68, ambos de la Constitución de 1961. Desde entonces, se instauró un procedimiento en el cual, una vez admitida la solicitud de amparo constitucional incoada contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de un particular, órganos del Poder Público nacional, Estadal o Municipal, o contra una decisión judicial, se debe realizar una audiencia oral en la que se va a debatir todos aquellos hechos que conforman la controversia y evacuar, en caso, de haberse promovidos, los medios de pruebas que sustentan los alegatos de las partes involucradas en la acción de amparo.

De modo que, la celebración de la audiencia oral en el procedimiento de amparo se hizo rutinaria para hacer prevalecer el derecho de la defensa y oír a las partes y a los terceros interesados.

Por lo tanto, la exigencia de la celebración de la audiencia oral, a juicio de la Sala en realidad se justifica en aquellos procedimientos de amparo constitucional en los cuales debe oírse ineludiblemente a las partes intervinientes, lo que coincide además con lo señalado en el artículo 49.3 constitucional que establece: “[t]oda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”. Sin embargo, en los casos en los cuales se interponga una demanda de amparo contra una decisión judicial, la Sala estableció que la falta de comparecencia a la audiencia oral del Juez o de los Jueces que dictaron la sentencia considerada como lesiva no significa la aceptación de los hechos, toda vez que el pronunciamiento judicial adversado no basta por sí solo para contradecir los alegatos plasmados en la solicitud de amparo, por lo que el derecho a la defensa de dichos funcionarios judiciales, en este supuesto, no se encuentra cercenado.

Reinterpretando estos conceptos de cara a la Constitución Nacional de 1961 y a la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debemos señalar que a diferencia de la derogada Constitución Nacional (1961) que concebía el amparo como una acción procesal conforme al artículo 49 que establecía: “[l]os Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediately la situación jurídica infringida”; la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela además de considerar el amparo en su aspecto procesal como una acción, lo considera también como un derecho al señalar en el artículo 27, lo siguiente:

Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquéllos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediately la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

De modo que, es la inmediatez y el restablecimiento de la situación jurídica infringida lo que debe prevalecer en la ponderación con otros derechos constitucionales de igual rango como lo sería el derecho a la defensa.

Así pues, tanto la acción de amparo como el derecho al amparo llevan implícita la celeridad y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada constitucionalmente, razón por la cual el artículo 27 constitucional, conforme con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, refieren que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de amparo, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía del amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia. Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamenta en un medio de prueba **fehaciente** constitutivo de **presunción grave** de la violación constitu-

cional, debe repararse **inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones** la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria. Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.

En efecto, existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida; ¿por qué demorar entonces la restitución de los derechos constitucionales infringidos?

La Sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala, no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma **inmediata y definitiva**.

Así pues, la Sala considera que la celebración de la audiencia oral en estos tipos de acciones de amparo constitucional, en las que se planteen la resolución de puntos de mero derecho, sería antagónico con lo señalado en el artículo 27 de la Carta Magna, que establece que: el “*procedimiento de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella*” (destacado de este fallo); debido a que el Juez constitucional debe esperar, aun cuando cuenta con todo lo necesario en autos para dictar la decisión de fondo en forma inmediata, la celebración de la audiencia oral que no va a aportar nada nuevo a la controversia. Se trataría, entonces, de una audiencia inútil o redundante que crearía una dilación innecesaria en el procedimiento de amparo incompatible con su naturaleza.

Ejemplo de ello sería el caso en el cual se interponga una demanda de amparo contra una decisión judicial, firme, que condenó a un ciudadano a la ejecución de una pena de muerte o a cumplir una pena de prisión de cuarenta años. En estos supuestos, esperar la celebración de la audiencia oral para resolver el mérito de la controversia planteada, atentaría contra la posibilidad de la restitución inmediata de la situación jurídica infringida, ya que bastaría, con la sola interposición del amparo y la consignación de la copia de la decisión adversada, que el Juez constitucional concluyera *ipso iure*, por tratarse el asunto de un punto de mero derecho, que toda condena de muerte o la aplicación de una pena que exceda de treinta años es contrario a lo que disponen los artículos 43 y 44.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente.

De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 *eiusdem*, que se concreta en materia de amparo constitucional en el artículo 27 *ibidem*, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia “*expedita*”.

Por lo tanto, a pesar de que en anterior oportunidad la Sala, con base en la necesidad de celebrar la audiencia oral contradictoria, negó una solicitud de declaratoria de mero derecho en un procedimiento de amparo (*vid.* sentencia N° 988 del 15 de octubre de 2010, caso: *Clarence Daniel Rusian Pérez*), se impone en el presente caso un complemento de la

sentencia N° 7/2000 y se establece, con carácter vinculante, que, en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer **inmediatamente y en forma definitiva** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Así se establece.

Ahora bien, la Sala, tomando en cuenta la anterior doctrina procede a verificar si, en el caso bajo estudio, lo alegado por la representación del Ministerio Público se refiere a la resolución de un punto de mero derecho y, a tal efecto, observa:

Los abogados Daniel Guédez Hernández, Lucy Correa y Agnedys Martínez Barceló, en su condición de Fiscal Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Fiscal Auxiliar Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Décima Séptima del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, respectivamente, interpusieron la acción de amparo constitucional contra la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que decretó: a) la nulidad absoluta del acto de imputación y de la acusación fiscal, del 8 de julio de 2008 y 8 de diciembre de 2008, en su orden; b) la nulidad absoluta de la investigación fiscal; y c) la remisión de las actas penales al Ministerio Público, con el objeto de que se solicite el antejuicio de mérito en contra del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer; en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que debe tener la declaración jurada de patrimonio.

La parte actora alegó, como motivo esencial de la interposición del amparo, que la referida Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones le vulneró derechos fundamentales al Ministerio Público dado que, a juicio de la quejosa, no debió ordenarse la reposición en el proceso penal seguido al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, quien, en el momento en que fue imputado de los “cargos” por los cuales fue investigado, no gozaba de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito. En ese sentido, precisó el Ministerio Público que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer fue Comandante General de Ejército cuando sucedieron los hechos presuntamente delictivos, pero que esa condición no la tenía en la oportunidad en que fue imputado, en virtud de que había pasado a situación de retiro. Por lo tanto, estimó la parte actora que la reposición ordenada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas era inútil y que no existía un motivo jurídico para decretarla.

Ahora bien, la Sala precisa que el presente caso versa exclusivamente sobre un punto de mero derecho, esto es, sobre la aplicabilidad o no, en el proceso penal primigenio, de la prerrogativa del antejuicio de mérito establecida en el artículo 266.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no siendo necesario, a los fines de la resolución de fondo de la controversia, la convocatoria y sucedánea celebración de la audiencia oral, toda vez que lo señalado en la solicitud de amparo y el contenido del expediente penal original que consignó la parte actora, constituyen elementos suficientes para que la Sala se pronuncie inmediatamente sobre el fondo de la presente controversia, dado que las partes y los terceros involucrados no aportarían nada nuevo en esa audiencia oral.

Además, la Sala destaca que parte de las actas del presente expediente constan todas las actuaciones originales (consignadas por la quejosa) de la causa penal primigenia, lo que permiten a esta máxima instancia constitucional, sin lugar a ninguna duda, decidir el amparo en esta misma oportunidad. Así se declara.

C. *Admisibilidad*

TSJ-SE (7)

5-4-2013

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Gilberto Rúa vs. Enrique Capriles Radonski y otros

Es indispensable -además de la inmediatez de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados, que podrían materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita, deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción.

Asumida la competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisión de la solicitud de amparo constitucional interpuesta en la presente causa, para lo cual observa que conforme a lo previsto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo constitucional es inadmisibles si la amenaza de violación denunciada no es “...inmediata, posible y realizable por el imputado...”.

Sobre la referida causal de inadmisibilidad, la Sala Constitucional en sentencia número 374 de marzo de 2011, señaló lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala debe señalar que, con relación a la acción interpuesta, en razón de la posible existencia de una amenaza que pueda vulnerar un derecho constitucional, se han determinado ciertos presupuestos para amparar al agraviado de la presunta vulneración constitucional, como lo es: que sea inminente, cierta y que esté próxima a materializarse. Así, en el supuesto negado de que no concurren tales condiciones el amparo constitucional sería inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece lo siguiente: ‘No se admitirá la acción de amparo: 2. Cuando la amenaza contra el derecho a la garantía constitucionales no sea inmediata, posible y realizable por el imputable’ (...).

La disposición normativa antes transcrita ha sido interpretada en diversas oportunidades por esta Sala, entre otras, en la sentencia Nro: 326, del 09 de marzo de 2001 (Caso: Frigoríficos Ordaz S.A.), en la cual expresamente estableció lo siguiente:

En otros términos lo señala el numeral 2 del artículo 6 de la misma Ley, al indicar que la amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediatez de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados, que podrían materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita, deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción(...).

A la par, esta Sala estima preciso reiterar el criterio establecido en la sentencia Nro: 1807, de fecha 28 de septiembre de 2001, caso: ‘Josefa Otilia Carrasquel Díaz’, en la cual a la letra se señaló lo siguiente:

Ahora bien, al tener el amparo constitucional como objeto la protección frente a las actuaciones que puedan producir lesiones, en forma directa, sobre la esfera de garantías y derechos constitucionales del presunto agraviado, a fin de que se restablezca por esta vía la si-

tuación jurídica infringida, es condición esencial para el ejercicio del mismo que la violación o amenaza sea objetiva, real e imputable al presunto agravante (Subrayado de esta Sala). De esta manera, en el presente caso, la actuación imputada no es posible ni realizable por el ciudadano Tareck El Aissami, en su carácter de Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia supuestamente agravante...”

En ese orden, se observa que la parte actora alegó que los candidatos a las elecciones presidenciales ciudadanos Enrique Capriles Radonski, María Bolívar, Eusebio Méndez, Reina Sequera Julio Mora y Fredy Tabarquino, haciendo campaña electoral e incitando al voto están “...convalidando agresión contra [su] Estado Democrático Social de Derecho y Justicia...”, el derecho a la defensa y al debido proceso, efectuada por el Presidente encargado Nicolás Maduro Moros, por cuanto “...se auto proclamó Presidente encargado...”, “...no encuadra para recibir Juramento Soléenne Constitucional...” y “...ordenó al Consejo Nacional Electoral convocar elecciones presidenciales para el periodo constitucional 2013-2019...”.

En virtud de lo anterior, esta Sala considera que la actuación imputada no es posible ni realizable por los referidos candidatos presidenciales, por lo que resulta inadmisibles de conformidad con lo previsto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Declarada la inadmisibilidad de la presente acción de amparo constitucional resulta inoficioso pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada, en virtud del carácter accesorio de esta pretensión cautelar.

TSJ-SC (229)

5-4-2013

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Varios vs. Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas

La regulación procesal que la Ley del Estatuto de la Función Pública otorga al recurso contencioso-administrativo funcional o querrela, tiene carácter suficientemente breve y sumario y por tanto idóneo frente al amparo constitucional, que hace a éste inadmisibles.

Examinada la demanda de amparo constitucional y las pruebas aportadas, esta Sala observa:

Preliminarmente, verificó la Sala que el libelo satisface los requisitos formales exigidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual resta examinar la pretensión de tutela constitucional a la luz de los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 6 *eiusdem*.

Según expone el apoderado judicial de los actores, la acción de amparo constitucional tiene como propósito que esta Sala emita mandamiento de amparo constitucional para que el ciudadano Ministro del Poder Popular para la Planificación y Finanzas “(...) decida, ejecute la decisión correspondiente sobre el régimen de las bonificaciones y beneficios contractuales (...)”, que, presuntamente, se adeudan a los actores, aparentemente a partir de recursos previstos y aprobados en los ejercicios fiscales 2008, 2009 y 2010, quienes se presentan como “personal” del Ministerio a su cargo. Conforme a lo expuesto en la demanda, esta Sala puede afirmar que, bajo el supuesto de constituir violaciones a normas constitucionales de orden laboral, el reclamo surge del adeudamiento de conceptos y beneficios socioeconómicos derivados de una relación de empleo público, entre los actores y el mencionado órgano de la Administración Pública Nacional Central.

A partir de ello, la Sala considera que la pretensión esgrimida por los actores no puede encauzarse a través de este medio de protección procesal de derechos y garantías constitucionales, pues se constata la existencia de otras vías procesales regulares que le permiten la satisfacción de su interés, las cuales, como se infiere de sus propios alegatos, no han sido ejercidas ante las instancias jurisdiccionales competentes, que en el presente caso es una materia propia del orden contencioso administrativo funcional.

Al respecto, la Sala debe señalar que la acción de amparo constitucional tiene siempre por objeto el restituir una situación jurídica subjetiva cuando se han producido violaciones constitucionales. En tal sentido, el amparo no debe entenderse como un medio sustitutivo de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios, sino que es un mecanismo destinado exclusivamente a proteger el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, y su uso no es permitido para un fin distinto del que le es propio (Subrayado de esta Sala).

Partiendo de ello, estima esta Sala oportuno referir que la acción de amparo constitucional es un medio judicial breve y expedito, a través del cual se protegen los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Ahora bien, cuando se puede acudir a la vía procesal ordinaria, sin que la lesión a la situación jurídica se haga irreparable, es precisamente el trámite o el medio procesal ordinario, el instrumento para reparar la lesión y no la acción de amparo y, por tanto, no habría posibilidad de interponer la acción de amparo si estuviese prevista otra acción o un recurso para dilucidar la misma cuestión.

En este sentido, la Sala observa que el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone lo siguiente:

“No se admitirá la acción de amparo:

... omissis...

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...).”

En relación con el artículo que se transcribió *supra*, esta Sala en fallo N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001, (caso: “*Parabólicas Service’s Maracay C.A.*”), dispuso lo siguiente:

“Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...).”

Así, esta Sala ha sido conteste en afirmar que, en los casos de controversias suscitadas en el marco de una relación de empleo público entre funcionarios y la Administración que se encuentra regulada por las normas contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, éstas deben dirimirse a través de la acción contencioso-administrativa funcional prevista por el Título VIII de la mencionada Ley (*Vid.* Sentencias Nros. 194 del 8 de febrero de 2002, caso: “*Reinaldo José Hernández Pereira*”; 400 del 19 de marzo de 2004, caso: “*Trina Juárez de Tovar y otros*” y 1.220 del 25 de junio de 2007, caso: “*Servando R. Marcano*”, entre otras).

Esta Sala ha precisado en anteriores oportunidades que, de conformidad con el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el objeto de la querrela es amplísimo, pues da cabida a todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley; con inclusión de cualquier reclamación de los funcionarios o aspirantes a tales “*cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos de la Administración Pública*” (artículo 93, numeral 1, *eiusdem*). De manera que el ámbito material de la querrela se determina según un criterio objetivo: cualquier pretensión que se suscite en el marco de

una relación funcionarial, con independencia del contenido de esa pretensión y del acto, hecho u omisión administrativa que la motivó (Cfr. Sentencia N° 547 del 6 de abril de 2004, caso: “Ana Beatriz Madrid Agelvis”).

La regulación procesal que la Ley del Estatuto de la Función Pública otorga al recurso contencioso-administrativo funcionarial o querrela, en criterio de esta Sala, carácter suficientemente breve y sumario y por tanto idóneo frente al amparo constitucional. Su eficacia procesal incluso puede reforzarse con alguna petición de carácter cautelar basada en lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual hace aplicable al presente caso la causal de inadmisibilidad contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, inadmisibile la pretensión conforme a la citada norma.

Allende a la anterior afirmación, esta Sala observa que el apoderado judicial de los actores reitera en su escrito que el recurso contencioso-administrativo funcionarial o querrela, en su criterio, no es un medio procesal suficientemente breve y sumario en comparación al amparo constitucional.

Al respecto, la Sala debe aclarar que no basta la mera exposición de aquellas circunstancias que, a juicio de quien invoca la tutela jurisdiccional, hacen aparecer como insuficiente la vía procesal ordinaria. En tal sentido, deben aportarse argumentos concretos o de suficiente peso -al igual que un respaldo probatorio mínimo de tales asertos- que permitan apreciar objetivamente aquellas circunstancias que hacen viable la acción de amparo constitucional frente a la vía procesal ordinaria, según cada caso. Así, el apoderado judicial de los accionantes esgrime que las denuncias efectuadas involucran la lesión directa de normas constitucionales y no se trataría de un control de legalidad ordinario. Sobre tal argumento en particular, esta Sala aprecia que los hechos que presuponen la lesión de los derechos de los actores recaen, esencialmente, en la relación de empleo público que sostienen los actores con el órgano de la Administración Pública Nacional Central accionado, lo que significa, en caso que ello así sea apreciado por el juez contencioso administrativo, que se trata de lesiones mediatas, indirectas o tangenciales de derechos constitucionales, cuya operatividad y cobertura legal directa viene dada por las normas estatutarias contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En el sentido antes indicado se ha pronunciado esta Sala Constitucional al afirmar que:

“(...) la situación jurídica del ciudadano es un concepto complejo, en el que destacan derechos y deberes, pero la acción de amparo tutela un aspecto de la situación jurídica del ciudadano que son sus derechos fundamentales, pues la defensa de los derechos subjetivos -diferentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas- y los intereses legítimos, se realiza mediante recursos administrativos y acciones judiciales. Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce mediante una acción judicial específica: la reivindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido.

Esto trae como consecuencia, que en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede 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. No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, se trata de la reafirmación de los valores constitucionales, en la cual el juez que conoce del amparo puede pronunciarse acerca del contenido

o aplicación de las normas constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución...” (Cfr. Sentencia de esta Sala Constitucional N° 828 del 27 de julio de 2000, caso: “Seguros Corporativos - SEGUCORP- C.A. y otros”, destacado de este fallo).

En consecuencia, visto que los argumentos del apoderado judicial de los actores se circunscribe a un mero aserto, carente de argumentos sólidos o de pruebas que lo sustenten y que la lesión denunciada recae en una relación jurídica de naturaleza estatutaria, que no implica una lesión directa e inmediata de los derechos constitucionales aquí denunciados, esta Sala considera que no están dadas las condiciones para preferir la vía del amparo constitucional sobre la querrela funcionarial prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública en el presente caso (*Vid.* Sentencia de esta Sala del 9 de agosto de 2000, caso: “*Stefan Mar*”).

De allí que, esta Sala constata la existencia y falta de agotamiento de las vías procesales ordinarias para obtener la satisfacción del reclamo derivado por el pago de beneficios contractuales y socioeconómicos derivadas de la prestación de una relación de empleo público, razón por la cual considera que la acción de amparo examinada resulta inadmisibles, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

D. *Medidas Cautelares*

TSJ-SC (685)

7-6-2013

Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela vs. Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela.

La Sala otorga medida cautelar mediante la cual ordena a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela implementar un procedimiento y disponer los recursos técnicos o personales que permitan a los bachilleres con diversidad funcional visual debidamente inscritos presentar la Evaluación Diagnóstica por Área de Conocimiento de Ciencias Sociales 2013.

Determinado lo anterior, seguidamente esta Sala se refiere a la medida cautelar solicitada por la Defensoría del Pueblo, y, en este sentido, debe señalar que en la (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 81. 2000. pp. 395 y ss.) esta Sala Constitucional asentó la facultad que tiene el juez constitucional para decretar medidas cautelares innominadas dentro del proceso de amparo constitucional.

Por su parte, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar al tribunal y éste podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para garantizar la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo solicitó como medida cautelar que se ordene a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela que permita a las personas con discapacidad visual que se inscribieron en el lapso pautado por dicha institu-

ción presentar el domingo 9 de junio de 2013 la Evaluación Diagnóstica del Área de Ciencias Sociales 2013, a fin de evitar que la vulneración de derechos humanos devenga en una actuación irreparable, o cualquier otra medida que esta Sala estime pertinente y necesaria para salvaguardar las resultas del juicio y evitar las lesiones constitucionales denunciadas..

En ese sentido, esta Sala Constitucional, haciendo uso de la facultad afianzada en la citada sentencia, considera procedente acordar, a fin de que no se haga nugatorio no sólo el proceso de amparo que cursa ante esta Sala sino también los derechos de los involucrados, la siguiente medida: Se ordena a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela implementar un procedimiento y disponer los recursos técnicos o personales que permitan a los bachilleres con diversidad funcional visual debidamente inscritos presentar la Evaluación Diagnóstica por Área de Conocimiento de Ciencias Sociales 2013.

A tal efecto podrán hacer uso del procedimiento anunciado por el Secretario Ejecutivo de Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en su oficio del 28 de mayo de 2013 citado anteriormente, según el cual se nombró a una persona encargada de asistir a los alumnos con dicha condición, acompañada de un grupo de estudiantes, para atender a los aspirantes mientras presentaban la prueba, y a tal efecto se dispondría de un aula especial, o de cualquier otro método como la modalidad digital combinada con el uso de una planilla cuyo contenido esté anotado con el sistema Braille o la aplicación de la prueba en forma oral. Ello con el fin de que dichos alumnos puedan presentar la referida evaluación en un plazo breve y razonable. Así se establece.