

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2015

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogada
Secretaria de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía. Ilegitimidad de los actos ejecutivos de un gobierno extranjero en relación con la República y sus habitantes.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales.* A. Garantía de Igualdad ante la Ley. Principio de igualdad. B. Principio de igualdad y no discriminación. C. Garantía de acceso a la justicia. Igualdad. D. Garantía del debido proceso. a. Presunción de Inocencia. b. Principio de legalidad en la tipificación de delitos y faltas. 2. *Derechos Individuales.* A. Libertad personal: Régimen de la intervención penal y valoración de la mendicidad. 3. *Derechos Políticos.* A. Pérdida de la ciudadanía. 4. *Derechos Sociales y de la familia.* A. Régimen de protección de los más débiles. B. Derecho al Trabajo: Derecho y deber de trabajar. Situación de mendicidad. C. Derechos de protección Social. a. Protección del matrimonio: Fundamento de la familia. b. Protección de la familia y sobre la institución del divorcio: Eliminación de las causales taxativas de divorcio.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial.* A. Régimen de los jueces: ausencia de estabilidad de los jueces provisorios.

IV. ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Derecho de Propiedad. Confiscación.*

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Procedimiento Administrativo.* A. Principio de Legalidad. B. Garantía del debido proceso. 2. *Actos Administrativos.* A. Definición: la necesaria producción de efectos jurídicos. B. Actos administrativos de efectos generales: participación ciudadana mediante consulta popular.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Contencioso Administrativo de anulación.* A. Lapso de caducidad. 2. *Competencia respecto de actos de las Academias Nacionales.* 3. *Efectos de la anulación: prohibición de reedición del acto anulado.*

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la constitucionalidad de las Leyes. Prohibición de reedición de las Leyes anuladas. Poderes de anulación de oficio.* 2. *Control concentrado de la constitucionalidad reedición de normas.* 3. *Recurso de Interpretación Constitucional.* A. Interpretación de normas sub legales acción improponible en derecho. B. Admisibilidad. C. Pérdida de interés procesal. 4. *Revisión constitucional de sentencias.* 5. *Amparo Constitucional.* A. Acción de Amparo: Admisibilidad.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía. Ilegitimad de los actos ejecutivos de un gobierno extranjero en relación con la Republica y sus habitantes*

TSJ-SC (443)

10-4-2015

Ponencia conjunta

Caso: Oleg Alberto Oropeza Muñoz, actuando en nombre propio, interpuso “Recurso para la Protección de la Integridad de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica”.

La Sala Constitucional al decidir un RECURSO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica” interpuesto por un ciudadano actuando a nombre propio, consideró que se trataba de una demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional, frente al mencionado “Decreto Ejecutivo,” el cual se declaró ilegítimo respecto de Venezuela y sus habitantes.

El accionante de autos califica la acción como “RECURSO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA en contra del Decreto Ejecutivo u Orden Ejecutiva emanada de la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica”, sin embargo, de su contenido y petitorio, en relación a las competencias de esta Sala, ante la cual ha sido presentada, se infiere que la misma contiene, fundamentalmente, una demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional, frente al mencionado “Decreto Ejecutivo”; actividad intelectual previa y necesaria para garantizar la aplicación, supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, pues de la precisión y delimitación del contenido y alcance del Texto Constitucional, dependerá su cabal tutela, cuya responsabilidad recae, en los términos del artículo 335 Constitucional, y desde la perspectiva jurisdiccional, en este Máximo Tribunal de la República.

[...]

En el presente asunto se plantea la vulneración del orden constitucional generada por la aprobación y aplicación de un “Decreto” denominado “Orden Ejecutiva”, emanado de otro Estado, es decir, de otro sujeto de derecho internacional (con sus consiguientes derechos, pero también deberes), concretamente, de los Estados Unidos de América, para afectar intereses del Pueblo venezolano e intervenir, nuevamente, en contra del Derecho Internacional, en los asuntos internos de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tal razón, y por cuanto el referido Decreto “Orden Ejecutiva” tiene como uno de sus fundamentos la denominada “Ley para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil en Venezuela 2014”, declarada por esta Sala, carente de validez y eficacia respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales, a través de la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, el mismo carece igualmente de validez y eficacia desde esa perspectiva.

[...]

2.- Para comprender de manera precisa el aludido Decreto Presidencial denominado “Orden Ejecutiva”, que da lugar a la presente decisión, la Sala pasa a analizarlo, en los siguientes términos:

“Yo, BARACK OBAMA, Presidente de los Estados Unidos de América, entiendo que la situación en Venezuela, incluida la situación del Gobierno en cuanto la erosión de las garantías de derechos humanos, la persecución de opositores políticos, restricción de la libertad de prensa, el uso de la violencia y violaciones y abusos de los derechos humanos en respuesta a las protestas contra el gobierno, y el arresto arbitrario y la detención de manifestantes que están en contra del gobierno, así como la presencia exacerbada de corrupción pública significativa, que constituye una amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos, declaro por medio de la presente una emergencia nacional a los fines de hacer frente a dicha amenaza. Por lo tanto dispongo lo siguiente (...).”

El encabezado del documento Orden Ejecutiva inicia con una declaratoria del Presidente de los Estados Unidos, Barack Hussein Obama, en primera persona. En ella realiza una narración iniciando con la palabra “Entiendo”, que relata lo que a su parecer es la supuesta situación en Venezuela sobre los “derechos humanos”, “persecución a opositores políticos”, “restricción a la libertad de prensa”, “uso de violencia y violaciones y abusos de los derechos humanos en respuesta a las protestas contra el gobierno”, y el “arresto arbitrario y la detención de manifestantes que están en contra del gobierno”, así como la “presencia exacerbada de corrupción pública significativa”. Lo que, además, califica como “*una amenaza[1] inusual[2] extraordinaria[3] a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*” por lo cual declara una “*Emergencia[4] Nacional[5]*” que le permitirá *hacer “frente a dicha amenaza”*, indicando dispone las acciones que indica a continuación.

Al respecto, el acto aludido señala una supuesta situación en “Venezuela”, sin utilizar siquiera la denominación que, a la República, democráticamente dio el Pueblo Venezolano, mediante referéndum, en el año 1999: República Bolivariana de Venezuela (artículo 1 Constitucional), con lo que advierte, de entrada, la ausencia absoluta de reconocimiento y respeto hacia otro sujeto de derecho internacional, es decir, a otro Pueblo Soberano y, además, profundamente inspirado en la Democracia Participativa y el verdadero respeto a los Derechos Humanos.

Tal actuación dirigida hacia el Pueblo Venezolano, denota, desde el inicio de ese acto “jurídico”, una omisión respecto de principios del Derecho Internacional Público, del Derecho Constitucional y del Derecho en general, así como de la Costumbre Internacional.

Pero tan o más grave es que, más allá de la absoluta falta de jurisdicción e inaceptable intromisión internacional, tal como lo anuncia de forma deliberada, ligera e irresponsable el término “entiendo”, se recrea una imprecisa, subjetiva y descontextualizada “situación” en Venezuela, sin constar ni referir siquiera elemento probatorio alguno que lo sustente, abarcando, desmesuradamente, un número indeterminado de situaciones y personas, venezolanos y venezolanas, así como habitantes de esta República, que, en definitiva, son destinatarias y reales de esa infundada referencia que atañe a valores, normas y principios verdaderamente tutelados por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: Dignidad,

honor, reputación, etc.; y en materia de derecho internacional: Autodeterminación, soberanía, integridad, etc. Sin lugar a dudas, es un espejo en el que inevitablemente se verán otros Estados, Pueblos y personas del mundo, potenciales destinatarios de semejantes señalamientos.

Al respecto, la Sala observa que el mencionado decreto, emanado de una autoridad de un país extranjero, como es el caso del Decreto del Presidente de los Estados Unidos, en el cual se cataloga a [la República Bolivariana de] Venezuela como “*una amenaza inusual extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*”, se basa en una “visión” sobre un puñado de pretendidas situaciones, inconexas por demás, carentes del más mínimo sustento científico y ético, que exigen, por lo menos, que ese acto sea anulado, dejado sin efecto o, en fin, que sea extinguido del orden jurídico de ese Estado, al igual que los actos que le dieron lugar y los generados con fundamento en el mismo.

Tales circunstancia advierten que, más allá de la flagrante violación al orden jurídico internacional, en una apreciación general, desde la óptica de la Teoría General del Derecho y de la Ciencia del Derecho en general, la juridicidad del referido Decreto es absolutamente inexistente, toda vez que el mismo carece de un presupuesto básico para la formación de cualquier criterio o acto jurídico: un soporte objetivo, factico u ontológico. Luego, tal carencia sólo revela, por lo menos, mera subjetividad, improvisación y especulación.

Así pues, el “Decreto” busca darle valor jurídico a una visión subjetiva que un Estado (Estados Unidos de América) tiene sobre la situación política, económica y social de otro Estado (República Bolivariana de Venezuela), basándose, supuestamente, en leyes internas (incluyendo la antijurídica “ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela”, cuya validez y efectividad es inexistente para la República, conforme lo declaró esta Sala en sentencia N° 100 del 20-02-2015) que le permitan al Estado ejercer acciones actuales y futuras para “hacer frente” a la “emergencia nacional”, generada por la “amenaza inusual y extraordinaria” que supuestamente representa, para la “seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos”, la “situación en Venezuela” (que nunca describe en su integralidad, sino en algunas pretendidas situaciones abstractas que en nada soportarían al menos, con seriedad, tal amenaza a la seguridad nacional y a la “política exterior” de ese Estado -que en ningún momento se relata, cuando menos en el plano axiológico-).

Sin lugar a dudas, tal indeterminación deja gran espacio para reflexionar, desde el ámbito jurídico (ello sin mencionar el elemento histórico, político y económico), sobre la verdadera función, finalidad y próximas acciones a asumir por parte de ese Estado, dentro de lo cual tiene cabida la creación de una matriz en la opinión pública nacional e internacional sobre el Estado y “la situación en Venezuela”, así como la continuación de la preparación para efectuar ulteriores acciones injerencistas e intervencionistas en la República Bolivariana de Venezuela, en la región y en el resto del planeta.

Ello también se advierte con las acciones que le permitirán hacer frente a la “*amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*”, generadora de la “*emergencia nacional*” que supuestamente enfrentan los Estados Unidos de América, por la “*situación en Venezuela*”, las cuales clasifican a través de secciones:

Sección 1. (a) *Todos los bienes e intereses en propiedades que están en los Estados Unidos, que de ahora en adelante ingresen a los Estados Unidos, o que están o en el futuro entren en posesión o control de cualquier persona de los Estados Unidos de las siguientes personas quedan bloqueados y no podrán ser transferidos, pagados, exportados, retirados, o de otra manera tratados en:*

(1) *las personas enumeradas en el anexo del presente decreto; y*

(II) cualquier persona que, según el Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado:

(A) sea responsable o cómplice de, o responsables de ordenar, controlar, o dirigir de alguna manera, o de haber participado en, directa o indirectamente, cualquiera de los siguientes actos en o en relación a Venezuela:

(1) acciones o políticas que socavan los procesos e instituciones democráticas;

(2) actos significativos de violencia o conducta que constituyan un grave abuso o violación de los derechos humanos, en particular contra las personas que participaban en las protestas contra el gobierno en Venezuela en o desde febrero 2014;

(3) medidas que prohíban, limiten o penalicen el ejercicio de la libertad de expresión o de reunión pacífica; o

(4) la corrupción pública por funcionarios de alto nivel en el Gobierno de Venezuela”;

(B) Que haya sido un líder presente o pasado de una entidad que haya, o que sus miembros hayan participado en cualquier actividad descrita en el inciso (a)(ii) (A) de esta sección o una entidad cuya propiedad e intereses en una propiedad estén bloqueados de conformidad con el presente decreto;

(C) es un funcionario actual o anterior del Gobierno de Venezuela;

(D) que haya asistido materialmente, patrocinado o proporcionado apoyo financiero, material o tecnológico, o de bienes o servicios para o en apoyo de:

(1) una persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados en virtud de este decreto; o

(2) una actividad descrita en el inciso (a) (ii) (A) de esta sección; o

(E) Que sea propiedad de, o controlada por, o que haya actuado o pretendido actuar directa o indirectamente en nombre de, cualquier persona cuya propiedad o intereses en una propiedad e intereses en la propiedad, estén bloqueados de conformidad con este decreto.

(b) Las prohibiciones en el inciso (a) de la presente sección se aplicarán salvo hasta el punto en que estipulen los estatutos, las regulaciones, ordenes, normativas o licencias que hayan sido emitidas de conformidad con la presente decreto y no obstante ello, cualquier contrato suscrito o cualquier licencia o permiso otorgado previo a la fecha efectiva de este decreto.

De la lectura del Decreto “Orden Ejecutiva” en el párrafo correspondiente a la “Sección 1” se desprende una orden relativa al bloqueo de los bienes que se encuentren en el presente o ingresen en el futuro a los Estados Unidos, puedan estar bajo el control de cualquier persona de los Estados Unidos a los cuales se les prohíbe su transferencia, pago, exportación, o retiro. Ahora bien, posteriormente se refiere al supuesto tipo de personas de las cuales provengan tales bienes, identificándolo como “de las siguientes personas”.

Como puede apreciarse, más allá de la ilegitimidad internacional advertida del decreto *sub examine*, para agravar la situación, esta sección dispone el “bloqueo” y la afectación directa, inmediata e indeterminada de intereses y bienes y, por ende, de los derechos a la propiedad sobre los mismos, de forma similar a una sanción, en este caso, sin precisar el tipo de bienes o intereses, la forma del “bloqueo”, el procedimiento para la determinación de esos bienes o intereses, ni las acciones para ejercer, en caso de estimarse pertinente, los más elementales derechos humanos a ser oído, a la defensa, al debido proceso y a la Justicia, frente a las mismas.

En similar sentido, se señalan de forma indeterminada, indefinida y abierta las personas destinatarias de esas sanciones (además de las enumeradas en el anexo del referido decreto),

las cuales, inclusive, podrán ser determinadas, de manera discrecional, por el Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, por actos realizados con “Venezuela” o en relación a ella (en clara alusión a la extraterritorialidad del mencionado decreto).

Tan o más grave aún es la vaguedad e imprecisión de las conductas que supuestamente justifican tal medida, en todo caso, en flagrante menoscabo a los derechos humanos a la taxatividad e irretroactividad de las infracciones, y a la seguridad jurídica, además de los principios de legalidad, responsabilidad por el hecho, culpabilidad, lesividad, interdicción de la arbitrariedad, etc.

Seguidamente, en la sección 2 del Decreto en cuestión, el actual Presidente de Estados Unidos de América, señala lo siguiente:

Sección. 2. Mediante la presente, encuentro que la entrada de inmigrantes sin restricciones y no inmigrante a Estados Unidos de extranjeros que se determine que cumple con uno o más de los criterios enunciados en el inciso 1 (a) de este decreto sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos, y por medio de la presente suspendo la entrada en Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de dichas personas, salvo cuando el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos. Esta sección no se aplicará a un extranjero si la admisión de dicho extranjero en Estados Unidos es necesaria para permitir que Estados Unidos cumpla con el Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake Success el 26 de junio de 1947, y que entró en vigor el 21 de noviembre de 1947, o de otras obligaciones internacionales aplicables.

Como puede apreciarse, también a manera de sanción, y, por ende, de restricción de derechos e intereses, la sección 2 de este ilegítimo decreto señala que la entrada de inmigrantes sin restricciones y no inmigrante a Estados Unidos de extranjeros que se determine (sin señalarse de qué forma) que cumple con uno o más de los criterios enunciados en el inciso 1 (a) de la misma “sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos”, por lo que suspende “la entrada en Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de dichas personas, salvo [paradójicamente] cuando el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos” (circunstancia que conllevaría a pensar, hasta cierto punto, de forma contradictoria, que existen circunstancias en las que, para el Presidente de Estados Unidos de América, la entrada de ciertas personas (en general, venezolanas y venezolanos) a ese país, sería perjudicial para los intereses del mismo, salvo que el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona es del interés nacional de Estados Unidos; es decir, que reconocen la existencia de algún o algunos supuestos en los que sería del interés nacional de Estados Unidos el ingreso de personas perjudiciales para los intereses de ese país.

Otra paradoja que contradice, tanto los cimientos y la generalidad del contenido del referido Decreto, como de otras acciones similares desplegadas por ese Estado que ha desplegado tales acciones injerencistas, es el supuesto reconocimiento de, además de las derivadas del Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake Success el 26 de junio de 1947, y que entró en vigor el 21 de noviembre de 1947, otras “obligaciones internacionales aplicables”, sin aludirles directamente, pues es obvio que ello no les convendría, al encontrarse que aquella exigen, en general, el respeto a los principios básicos del Derecho Internacional Público, así como el respeto verdadero a los Derechos Humanos.

Al respecto, aun cuando es debatible, las restricciones que se consagran respecto a la inmigración generalmente se estiman que son competencia nacional, sin embargo, las limitaciones que en esta materia se contemplan en el decreto *sub examine*, están configuradas en forma de penas y amenazas. Además, las mismas deben ser analizadas en el contexto de las demás restricciones que allí se plantean, y, en general, en el entorno de las demás acciones

que han venido desplegando algunas instituciones de los Estados Unidos de América en contra del Pueblo Venezolano y de otros Pueblos soberanos del mundo.

A su vez, en la sección 3 del Decreto, se afirma lo siguiente:

“Sección. 3. Por la presente determino que la realización de donaciones del tipo de artículos que se especifica en la sección 203 (b) (2) de la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (50 USC 1702 (b) (2)) por, a, o en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados de conformidad con la sección 1 de este decreto puedan menoscabar seriamente mi capacidad para hacer frente a la emergencia nacional declarada por el presente decreto, y mediante la presente prohíbo este tipo de donaciones a lo dispuesto por la sección 1 de este decreto”.

Así, se dispone la prohibición de donaciones contempladas en la *“Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (50 USC 1702 (b) (2)”*, argumentándose que las mismas pudieran menoscabar la capacidad para hacer frente a la “emergencia nacional” declarada en el Decreto en análisis.

Por su parte, en la Sección 4 sostiene lo que sigue:

“Sec. 4. Las prohibiciones establecidas en la sección 1 de este decreto incluyen pero no se limitan a lo siguiente:

(A) la realización de cualquier contribución o suministro de fondos, bienes o servicios por parte de, a, o en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad estén bloqueados en virtud de este decreto; y

(B) la aceptación de contribuciones o el suministro de fondos, bienes o servicios de cualquier persona”.

La Sección 4 del Decreto “Orden Ejecutiva” extienden sin limitación alguna las prohibiciones señaladas en la “Sección 1” a los supuestos señalados en los incisos (A) y (B), nombrados previamente.

En la Sección 5 se indica:

“Sección. 5. (a) Queda prohibida cualquier transacción que evada o evite, o que tenga el propósito de evadir o evitar, provocar una violación de, o trate de violar alguna de las prohibiciones establecidas en este decreto.

(B) Se prohíbe cualquier conspiración formada para violar cualquiera de las prohibiciones establecidas en este decreto”.

Como puede observarse, se establecen prohibiciones para realizar transacciones que tiendan a evitar las restricciones señaladas en el Decreto, además de determinar la prohibición de los que denomina como “Conspiraciones” para violar las proscipciones del decreto, las cuales son señaladas en el inciso (B) de la Sección 5.

Seguidamente, en el Decreto en cuestión se definen algunos términos, alterando subrepticamente el alcance que comúnmente tienen, para manipular y disfrazar el contenido del decreto, ampliando su enorme discrecionalidad y permitiendo potencial afectación de los intereses del Estado y del Pueblo venezolano, así como los derechos de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela:

“Sección. 6. A los efectos de este decreto:

(A) el término “persona” se entiende como un individuo o entidad;

(B) el término “entidad”: se entiende como una sociedad, asociación, fideicomisario, empresa conjunta, sociedad, grupo, subgrupo, u otra organización;

(C) el término “persona de Estados Unidos”, se entiende como cualquier ciudadano de Estados Unidos, residente permanente, entidad constituida conforme a las leyes de Estados Unidos o cualquier jurisdicción dentro de Estados Unidos (incluidas sucursales en el extranjero), o cualquier persona en los Estados Unidos;

(D) el término “Gobierno de Venezuela” se entiende como el Gobierno de Venezuela, cualquier subdivisión política, ente u organismo, incluido el Banco Central de Venezuela, y cualquier persona que posea o controle, o que actúe en nombre del Gobierno de Venezuela”.

Así pues, por ejemplo, “persona” no sería sólo un individuo, sino también una “entidad”, y “entidad” pudiera ser una sociedad, asociación, fideicomisario, empresa conjunta, sociedad, grupo, subgrupo, u otra organización.

Ante ello cabría preguntarse: ¿Pudiera ser una empresa del Estado o el Estado mismo? ¿Pudiera ser también un nacional o una empresa de otro país? ¿Otro Estado? ¿Se pudiera llegar a tratar de bloquear y aislar a la República Bolivariana de Venezuela?

Algunas de esas preguntas pudieran responderse luego de analizar la definición de “Gobierno de Venezuela”, el cual, como se sabe, va más allá de las personas que, a decir del Decreto en cuestión, ya fueron sancionadas por el mismo.

Así, se entiende por tal “cualquier subdivisión política, ente u organismo, incluido el Banco Central de Venezuela, y cualquier persona que posea o controle, o que actúe en nombre del Gobierno de Venezuela”.

Interesa resaltar que como único ejemplo de lo que entienden por Gobierno de Venezuela se alude al Banco Central de Venezuela, es decir, a la persona jurídica que según el artículo 318 Constitucional tiene por objetivo fundamental lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, además de otras circunstancias cardinales que se desprenden, entre otros, de los artículos 318 al 320 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

[...]

A su vez, en la sección 7 se dispone:

“Sección. 7. Para aquellas personas cuyos bienes e intereses de propiedad están bloqueados en virtud de este decreto, que pudieran tener una presencia constitucional en Estados Unidos, encuentro que, debido a la capacidad de transferir fondos u otros activos de forma instantánea, previo aviso a dichas personas de las medidas que se tome en virtud de este decreto haría que esas medidas fueran ineficaces. Por lo tanto, determino que para que estas medidas sean eficaces y así hacer frente a la emergencia nacional declarada por este decreto, no hay necesidad de notificación previa de una lista o de la determinación formulada en virtud de la sección 1 de este decreto”.

Así pues, además de la vulneración del Derecho Internacional Público, demostrando una nueva indeterminación que da lugar a peligrosas afectaciones a los derechos humanos, incluso de sujetos que no son destinatarios de este Decreto (al menos aparentemente), el Presidente estadounidense señala en su decreto que “no hay necesidad de notificación previa de una lista o de la determinación formulada en virtud de la sección 1 de este decreto”, dejando al libre arbitrio, incluso de terceros ajenos al Gobierno de Estados Unidos de América, la determinación de los sancionables (venezolanos y no venezolanos) y la imposición de las sanciones allí contenidas, sin notificación alguna.

Circunstancia similar se reconoce en la sección 8, en la cual señala:

“Sección. 8. *El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para tomar las acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y de utilizar todos los poderes otorgados al Presidente por la IEEPA y 4 la sección 5 de la Ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela, aparte de las autoridades que figuran en las secciones 5 (b) (1) (B) y 5 (c) de dicha Ley, que sean necesarios para llevar a cabo los propósitos de este decreto, con la excepción de la sección 2 de este decreto, así como las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley. El Secretario del Tesoro podrá delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable. Se ordena a todos los organismos del Gobierno de Estados Unidos a tomar todas las medidas apropiadas dentro de su autoridad para llevar a cabo lo dispuesto en este decreto”.*

Así pues, la “Sección 8” del referido decreto, autoriza al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, para tomar las acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y de utilizar todos los poderes otorgados al Presidente por la IEEPA (Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia) y 4 la sección 5 de la -antijurídica- Ley de Defensa de Derechos Humanos de Venezuela, aparte de las autoridades que figuran en las secciones 5 (b) (1) (B) y 5 (c) de dicha Ley, que sean necesarios para llevar a cabo los propósitos de ese decreto, con la excepción de la sección 2 del mismo, así como las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley.

Asimismo, se dispone que el Secretario del Tesoro podrá delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable; y se ordena a todos los organismos del Gobierno de Estados Unidos a tomar todas las medidas apropiadas dentro de su autoridad (sin ninguna otra precisión o límite al poder) para llevar a cabo lo dispuesto en ese decreto.

Por su parte, en la sección 9 se indica lo siguiente:

“Sección 9. *El Secretario de Estado queda autorizado para tomar este tipo de acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y emplear todas las facultades otorgadas al Presidente por la IEEPA, la INA y la sección 5 de la Ley de Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela, incluidas las autoridades listadas en las secciones 5 (b) (1) (B), 5 (c) y 5 (d) de dicha ley, que sean necesarias para llevar a cabo la sección 2 del presente decreto y las disposiciones pertinentes de la sección 5 de dicha Ley. El Secretario de Estado puede delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno de Estados Unidos de conformidad con la ley aplicable”.*

Como puede apreciarse, la Sección 9 autoriza al Secretario de Estado a tomar acciones, entre ellas, la promulgación de normas y reglamentos, además del empleo de facultades otorgadas al Presidente por la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés), la sección 5 de la Ley de Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela, incluidas las autoridades listadas en las secciones 5 (b) (1) (B), 5 (c) y 5 (d) de dicha ley, consideradas por el texto normativo como necesarias para la aplicación de la sección 2 y sección 5 del mismo; también faculta al Secretario de Estado el poder de delegar a otros funcionarios gubernamentales esas funciones (remisión *ad infinitum* de funciones sancionatorias, sin formula alguna de proceso, al estilo de las prácticas más alejadas de la historia, de la civilidad, del derecho, de la razón y de la justicia).

Otra arbitrariedad atroz se advierte en la sección 10:

“Sección. 10. *El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para determinar qué circunstancias ya no garantizan el bloqueo de los bienes e intereses pertenecientes a las personas que se encuentran en el listado anexo del presente decreto, y a tomar las acciones necesarias para llevar a cabo dicha decisión”.*

Así pues, en esa parte del decreto, el Presidente de Estados Unidos de América autoriza al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, la posibilidad de determinar cuáles circunstancias ya no garantizan el bloqueo de bienes e intereses de las personas que se encuentran en la lista anexa al Decreto, además de permitirle a aquella autoridad foránea a tomar acciones (sin describir el tipo) que conduzcan a la aplicabilidad de la “decisión”.

Por su parte, en la sección 11 se indica lo siguiente:

“Sección. 11. El Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para presentar los informes periódicos y finales al Congreso sobre la situación de emergencia nacional declarada por este decreto, de acuerdo con la sección 401 (c) de la NEA (50 USC 1641 (c)) y la sección 204 (c) de la IEEPA (Código de EEUU 50 1703 (c)).”

Como puede apreciarse, esa sección autoriza de igual forma al Secretario del Tesoro, en consulta con el Secretario de Estado, para que presente informes periódicos ante el Congreso de Estados Unidos de América, sobre la situación de “emergencia nacional” declarada en este decreto, de acuerdo con la sección 401 (c) Ley de Emergencia Nacional (NEA, por sus siglas en inglés) (50 USC 1641 (c)) y la sección 204 (c) de la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (IEEPA, por sus siglas en inglés), (Código de EEUU 50 1703 (c)).

Para colofón de la injerencia y la arbitrariedad, este decreto señala en la sección 12 que el mismo “*no pretende y no crea ningún derecho o beneficio, sustantivo o procesal, ejecutable en derecho o en equidad por cualquiera de las partes en contra de Estados Unidos, sus departamentos, organismos o entidades, sus funcionarios, empleados, o agentes, o cualquier otra persona*”; procurando, a manera de contrato de adhesión, eludir la grave responsabilidad internacional (y probablemente interna) que genera ese acto antijurídico y absolutamente ilegítimo, desde la perspectiva del Derecho Internacional, y pretendiendo asentarlos a manera de tribunal internacional (juez y parte).

Al respecto, es evidente la vinculación del presente decreto con la ley que dio lugar a la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, emanada de esta Sala; en la que se dispuso, entre otras cosas:

3.1.- Que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

3.2.- Que la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, del Estado venezolano y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbres y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas írritas y lamentables acciones de agresión.

3.3.- Que esas acciones injerencistas generan responsabilidad internacional para los Estados Unidos de América y para las autoridades respectivas que las han desplegado o han ayudado a desplegarlas; incluso, pudieran generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

3.4.- Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

El fundamento de esa sentencia, el cual es aplicable en gran medida al presente asunto, en virtud de que en ambos casos, los actos que determinan el pronunciamiento de Sala constituyen acciones injerencistas que vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional y que pudiesen generar responsabilidad internacional (inclusive, el decreto *sub examine* utiliza como sustento, entre otras, la ley foránea que dio lugar a la referida sentencia N° 100/2005 de esta Sala), es el siguiente:

[...]

Así como “*los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como ‘ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014’, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales*”; obviamente el Presidente de ese país tampoco tiene jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para dictar decretos con aplicación y con afectación hacia la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

Asimismo, se observa que el decreto *sub examine* vulnera el derecho de autodeterminación de los pueblos y, en general, todas las fuentes del Derecho Internacional, así como también contraría la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad.

[...]

En tal sentido, el referido decreto pudiese generar responsabilidad internacional y nacional para los Estados Unidos de América y para la autoridad que lo dictó, así como para todos los que lo han aplicado y lo que induzcan o cooperen con su aplicación; incluso, pudiesen generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

Que la República Bolivariana de Venezuela no representa amenaza para ningún Estado ni Pueblo del mundo, al contrario, el Estado y sus habitantes, gran cantidad de ellos extranjeros, durante todos estos años han propiciado acciones tendentes a la paz, a la integración y a la solidaridad entre los pueblos, de América y del mundo entero, en correspondencia con lo dispuesto en la Constitución de la República, en cuyo Preámbulo, por ejemplo, se señala, lo siguiente:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, **la paz**, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación,

a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la **cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad**; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente CONSTITUCIÓN (*omissis*).

Que, tal como esta Sala asentó en la sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven y sigan coadyuvando a tutelar esos derechos que también les asisten como pueblos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

Que el Decreto “Orden Ejecutiva” señala en su anexo a siete (7) funcionarios venezolanos que han ocupado cargos de altas responsabilidades en organismos de seguridad en el Poder Ejecutivo y en el Poder Ciudadano, específicamente, en el Ministerio Público, órgano que además de ser independiente al Ejecutivo Nacional, es encargado de ordenar y dirigir la investigación penal, bajo las garantías fundamentales del debido proceso, para así garantizar, junto a otros Poderes Públicos, que no exista impunidad y lograr la Justicia.

Así pues, tales señalamientos directos a estos funcionarios o a cualquiera que en el presente o en el futuro ocupe dichos cargos, tienen un claro objetivo de intimidación dirigido a impedir u obstaculizar el cumplimiento cabal y eficiente de sus funciones en la Seguridad de la República y verdadero resguardo de los derechos humanos del Pueblo venezolano.

Que el decreto “Orden Ejecutiva” es simplemente un instrumento derivado y sustentado en la Ley para la Defensa de los Derechos Humanos y Sociedad Civil de Venezuela 2014, para que el gobierno de los Estados Unidos pueda de manera unilateral desplegar actuaciones contra el Estado Venezolano y sus habitantes, por lo cual, no solo se debe exigir la anulación del Decreto, sino la derogatoria de la ilegítima Ley que lo sustenta y que fue elaborada por el Congreso de los Estados Unidos, especialmente para imponer su hegemonía imperialista en contra de los venezolanos, las venezolanas y demás habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

Que este Decreto ha sido tan arbitrario, desproporcionado e injurioso a la conciencia de la humanidad, que ha sido una de las acciones de Estados Unidos de América que, desde su creación, ha recibido más objeciones y repudio por parte de otros países, de organizaciones internacionales, de agrupaciones de personas, de líderes políticos, religiosos y sociales en general, y, en fin, por parte del mundo; circunstancia observada por esta Sala, en virtud de que ello, al igual que otros elementos similares señalados en esta sentencia, es público y notorio, conforme a su jurisprudencia inveterada.

[...]

Por las razones de hecho y de derecho antes expuestas, es deber de esta Sala, señalar:

1. Que el decreto “Orden Ejecutiva” emanado de la Presidencia de los Estados Unidos de América, del 9 de marzo de 2015, suscrito por el Presidente de ese Estado, carece de legitimidad respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus habitantes.

2. Que el referido decreto “Orden Ejecutiva” vulnera todas las fuentes del Derecho Internacional, y contraría la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad.
3. Que ese decreto contradice los derechos humanos de los venezolanos y las venezolanas, y, en general, de todos sus destinatarios.
4. Que cualquier acto desplegado por los Estados Unidos de América o por cualquier persona o entidad, basándose en el referido Decreto “Orden Ejecutiva”, no tiene validez respecto de la República Bolivariana de Venezuela y sus habitantes.
5. Que el referido decreto pudiese generar responsabilidad internacional y nacional para los Estados Unidos de América y para quien lo dictó, así como para todos los que lo han aplicado y los que induzcan o cooperen con su aplicación; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.
6. Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (5.1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (5.2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (5.3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (5.4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven y sigan coadyuvando a tutelar esos derechos que también les asisten como pueblos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *Garantía de Igualdad ante la Ley. Principio de igualdad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

La igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual.

En lo que se refiere a la vulneración del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, delatada por la parte actora, se observa:

La mencionada disposición 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.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”

Respecto al sentido y alcance de la norma antes transcrita, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 266 del 17 de Febrero de 2006. Caso: *José Joel Gómez Cordero*. Exp. N° 05-1337, asentó:

“... en cuanto a la vulneración del contenido del artículo 21 constitucional, específicamente con relación a la presunta desigualdad que genera la norma que se pretendió desaplicar en el presente caso, esta Sala estima que la señalada norma constitucional consagra el denominado principio de igualdad -específicamente en su primer cardinal-, así como las garantías para su debida protección.

... el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan 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.

... 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- (*vid.* sentencia N° 898/2002, del 13 de mayo). 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.

... 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 (*vid.* GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional Integra 1981-2001*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: ‘No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales.

... el respeto al principio o derecho subjetivo 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 de 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. (*vid.* sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

... 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, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca 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... .

... con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo 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 de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento 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 ley 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.”

Asimismo, en sentencia N° 486 del 24 de mayo de 2010. Caso: *Emérito Playonero Caicedo*. Exp. N° 09-0870, esta Sala señaló:

“... la Constitución de la República propugna la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, entre sus principios fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículos 1 y 2)’.

‘En atención a tales enunciados, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previó lo siguiente: ‘Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. **No se permitirá discriminaciones** fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona. 2. **La ley garantizará las condiciones** jurídicas y administrativas **para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas** a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.

‘De lo anterior se colige que la disposición constitucional en el cardinal 1, establece una prohibición expresa y absoluta de las discriminaciones, y en atención a ello, en el cardinal 2, preceptúa una garantía de igualdad a través de la adopción de **medidas positivas**, estableciendo condiciones jurídicas y administrativas, con el fin de que la misma sea real y efectiva.’”

Así pues, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual.

Expresar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, implica que se tienen los mismos derechos y obligaciones respecto a la sociedad y sus instituciones políticas, correspondiendo su interiorización para hacerlo valer y respetar.

Es, por tanto, un deber jurídico y de política antidelictiva continuar revirtiendo y evitando tratos desiguales injustificados, tales como los evidenciados en la referida norma preconstitucional, y, por ende, también lo es seguir tutelando de forma prioritaria a los grupos sociales económicamente desfavorecidos, y, en general, a los grupos socialmente vulnerables, las cuales han sido, precisamente, las que han venido recibiendo trato urgente y preferencial, con más contundencia y de forma inédita en la historia venezolana, desde la aprobación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la cual ha consolidado una justa distribución de las cargas, incluso en materia penal, a través de la penalización de conductas gravemente lesivas desplegadas por sectores que venían ostentado el poder, y que antes de su entrada en vigor no eran sancionados o, en todo caso, sus sanciones (las escasas que se llegaban a aplicar) eran mucho menos contundentes que las aplicadas a los sectores históricamente subordinados (sujetos “tradicionalmente” procesados por el sistema penal).

B. *Principio de igualdad y no discriminación*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

16. Expuesto lo anterior, pasa esta Sala a examinar la disposición contenida en el artículo 503 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción.”

La norma antes transcrita prevé la falta de *mendicidad en actitud amenazadora*, que constituye un tipo cualificado de la mendicidad (mendicidad agravada). En este caso, la conducta individualizada es: “*El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas...*”.

A diferencia del tipo penal contemplado en el artículo 502 del Código Penal (mendicidad supuesta), en el artículo 503 *eiusdem* no se sanciona la mendicidad por sí sola, sino que se describe conductas o actos externos que sí pudiera vulnerar bienes jurídicos penalmente relevantes como la integridad personal (física y/o psicológica), la libertad y la autonomía personal, como lo son las asociadas a la amenaza y a los vejámenes.

En efecto, el tipo previsto en el artículo 503 no criminaliza la mendicidad en sí misma, es decir, no señala como punible una simple condición humana, sino tipifica la actitud del que mendiga amenazando o vejando a otra persona, lo cual incide, *in abstracto*, en la integridad y o libertad del sujeto pasivo de esa acción.

Sin embargo, el artículo 503 exige una especial interpretación conforme a la Constitución, en garantía a los principios de legalidad penal, seguridad jurídica, responsabilidad por la conducta, no discriminación, culpabilidad y subsidiariedad, y con los derechos al respecto de la autonomía y la dignidad personal.

En tal sentido, los principios de primacía de la realidad; presunción de validez y estabilidad de la legislación; unidad, coherencia y mantenimiento del ordenamiento jurídico; supremacía constitucional y utilidad y necesidad de la intervención estatal, exigen que las disposiciones sean interpretadas y aplicadas racionalmente y, en fin, conforme a la Constitución, con el objeto de procurar mantener las normas dictadas por la autoridad competente y de comprenderlas y aplicarlas conforme al Texto Fundamental, de manera tal que aquellas lo desarrollen o, al menos, no lo contradigan.

Al respecto, en sentencia N° 962 del 9 de mayo de 2006, caso: *Cervecería Polar, Los Cortijos, C.A. y otros*, esta Sala señaló lo siguiente:

“... la interpretación normativa en general y para el caso concreto, el análisis de la constitucionalidad de la norma transcrita, es una actividad que, tal como señaló esta Sala en la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2002, en el expediente N° 02-2154, caso *Fiscal General de la República*, debe desarrollarse *in totum*, es decir que **la norma es interpretada a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste.**

Así, **la hermenéutica jurídica debe realizarse en el complejo global del derecho positivo**, pues de otro modo no es posible desentrañar el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador. Ello implica, tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse.

De este modo, el principio general de interpretación de la Ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, según el cual: (...) *a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)*, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal.

Conforme a lo expuesto, la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría denomina como “fuentes significativas” del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

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

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

De allí, que el Tribunal Constitucional alemán haya sostenido que **es valioso el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución**, ello en razón del **principio de unidad del ordenamiento**, a tenor del cual el orden de valores consagrados en el Texto fundamental debe ser investigado y descubierto en cada norma legal.

Ciertamente, toda normativa debe interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio de los valores primarios del Estado, pues tal como señala González Pérez, el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios, y por ello, el jurista ni puede limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, ni debe circunscribirse a sistematizarla con arreglo a principios lógicos, ya que la unidad del ordenamiento está basada en los principios rectores del Ordenamiento que le informan y dan unidad.

Esta fórmula interpretativa también es recogida por Marienhoff quien, al discernir sobre el conocimiento del derecho, nos enseña que resulta menester descubrir los principios generales y establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor.

Asimismo, Maurice Hauriou sostiene que la interpretación de las reglas jurídicas no debe tomar un sentido excesivamente literal, pues ello podría retrocedernos al más negro formalismo de las legislaciones primitivas. Planteamiento éste sobre el cual desarrolla que frente a una aparente antinomia debe tenderse al estudio de la voluntad jurídica del legislador, lo cual se logra mediante una reconstrucción de las circunstancias concomitantes que permiten aprehender el valor real de la norma, a través de la aplicación lógica de los principios.

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este Planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

De este modo, podemos observar cómo el referido valor normativo de la Constitución recoge lo que García de Enterría califica como valores superiores del ordenamiento jurídico, y que Souza designa como plano superior de juridicidad, conceptos estos conforme a los cuales se configura el Estado constitucional de derecho, en el cual el poder del Estado debe ser ejercido de manera axiomática, en concordancia con los postulados fundamentales.

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la *norma normarum*, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

En este contexto hermenéutico, tal como señaló esta Sala el 29 de abril de 2005, en el caso Gaetano Minuta Arena y Rosa Santaromita, expediente N° 05-367, no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad que tiene el intérprete de la Constitución de actuar con pleno conocimiento de la realidad social, pues la protección efectiva de los derechos fundamentales no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino de la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir.”

Siendo así, estima la Sala que la disposición contenida en el artículo 503 del Código Penal debe ser interpretada y aplicada conforme a la Constitución, y, en tal sentido, el término “actitud” debe entenderse como una conducta externa y no como un estado de ánimo o una situación interna o subjetiva sin reflejo en el mundo exterior.

Por otra parte, el elemento típico “repugnante” (del ant. part. act. de repugnar; lat. *repugnans*, -antis) significa 1. adj. Que repugna. 2. adj. Que causa repugnancia (||aversión). A su vez, repugnancia (del lat. *repugnantia*) es un término que tiene diversas acepciones: 1. f. Oposición o contradicción entre dos cosas. 2. f. Tedio, aversión a alguien o algo. 3. f. asco (|| alteración del estómago). 4. f. Aversión que se siente o resistencia que se opone a consentir o hacer algo. 5. f. Fil. Incompatibilidad entre dos atributos o cualidades de una misma cosa (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*).

Como puede apreciarse, además de la multivocidad e imprecisión del término en cuestión, se estima que la repugnancia, más que un acto, expresa una situación que, además, no se muestra penalmente relevante desde la perspectiva sustancial o material (no formal), toda vez que la imprecisa condición de repugnante no debe entenderse como una afrenta a bienes jurídicos que ameriten tutela penal.

Como puede apreciarse, la carga ideológica que tiene la palabra repugnante, en el contexto del artículo *sub examine*, corresponde a un tipo social esquematizado y totalmente subjetivo, revelador de una posición discriminadora, excluyente y arbitraria, incompatible con el Texto Fundamental.

En razón de ello y, en fin, de la necesidad de tutelar los principios de legalidad, seguridad jurídica, exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, responsabilidad por el hecho, culpabilidad, igualdad y dignidad (*vid. supra*), esta Sala debe declarar nulo el término “repugnante” contenido en el artículo 503 *eiusdem*, razón por la que no debe ser tenido en cuenta al momento de valorar la responsabilidad penal, en lo que respecta al tipo penal en cuestión (en sentido similar, ver, entre otras, sentencia de esta Sala, sentencia del 15/2003).

[Véase en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 en pp. 170 y ss.]

En consecuencia, y conforme a la labor hermenéutica antes desarrollada, en lo sucesivo el encabezado del artículo 503 del Código Penal deberá leerse del siguiente modo:

“Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora o vejatoria por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción.”

Siendo así, se concluye que, en este aspecto, resulta parcialmente procedente la pretensión anulatoria de la parte actora, y así se declara.

C. *Garantía de acceso a la justicia. Igualdad*

TSJ-SC (585)

12-5-2015

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Pedro Luis Pérez

En el caso de autos, se ha interpuesto un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el artículo 291 del Código de Comercio, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 472, del 21 de diciembre de 1955, el cual establece:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.

El Tribunal, si encontrare probada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costas de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.

El informe del comisario se consignará en la Secretaría del Tribunal. Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento.

En caso contrario, acordará la convocatoria inmediata de la Asamblea.

Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un sólo efecto”.

Con relación al artículo 291 del Código de Comercio, antes transcrito, la Sala Constitucional en sentencia N° 809 del 26 de julio de 2000, determinó la naturaleza jurídica del procedimiento contemplado en la referida norma, al considerar lo siguiente:

“Estima esta Sala que el procedimiento contemplado en el artículo 291 del vigente Código de Comercio puede admitirse como **un procedimiento de jurisdicción voluntaria por encontrarse impetrado de dos de las características propias y fundamentales de los mismos, a saber, que las decisiones que adopte el juez en dichos procesos no crea cosa juzgada, y que no exista verdadera contención**; pero lo que distingue finalmente uno del otro es que en el proceso de jurisdicción voluntaria se tutela en forma unilateral un interés. Así enseña el ilustre procesalista Francesco Carnelutti:

‘Por otra parte, si el presupuesto del negocio está constituido necesariamente por uno o varios conflictos de intereses, aquel, a diferencia de la *litis*, es esencialmente unilateral porque se trata de la realización de un acto para la tutela de un interés y no de la prevalencia de uno sobre otro’ (ver Francesco Carnelutti. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 1942. p. 45).

Efectivamente, la decisión tomada por el juez en dicho procedimiento se limita a constatar las supuestas irregularidades en el cumplimiento de sus deberes, por parte de los administradores, y las faltas de vigilancia de los comisarios, no pudiendo aquél obligar a la asamblea a decidir a favor de los denunciantes mediante sentencia de condena.

Clarificadora al respecto es la opinión del profesor Ricardo Henríquez La Roche, el cual explica:

‘La constatación judicial de las irregularidades u omisiones no supone en ningún caso una condena judicial a decidir en determinada forma en la asamblea. Si así fuera, el legislador no hubiera procedido con eufemismo al redactar el texto, y hubiera dispuesto sin más que el juez podrá remover los administradores o comisarios, sin perjuicio de indemnización a los socios

perjudicados. Pero es claro que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede proferirse una sentencia de condena a hacer cosa determinada o a suplir la actitud remisa de los accionistas mayoritarios, tomándose, en lugar de ellos, una decisión judicial vinculante para todos los accionistas' (ver Ricardo Henríquez La Roche. *Las Medidas Cautelares*, Editorial Universitaria (EDILUZ), Maracaibo, 1990, p. 81).

Igualmente se puede constatar que **en este procedimiento no existe verdadera contención, pues, el juez se limita a oír la opinión de los administradores, sin que se contemple en dicho procedimiento que éstos tengan oportunidad para refutar tales denuncias mediante una contestación en forma**; además, este procedimiento no se inicia por libelo de demanda, sino mediante una simple denuncia de los hechos que se estiman como irregulares en la administración de la sociedad por parte del accionista que se considere afectado, y por eso para tal denuncia no se exige al denunciante que cumpla en ella, con los requisitos establecidos en el artículo 340 del vigente Código de Procedimiento Civil...". (Resaltado del presente fallo)

Asimismo, la Sala Constitucional en sentencia N° 1923 del 13 de agosto de 2002, con respecto a la denuncia de irregularidades administrativas, estableció lo siguiente:

"...Como se puede observar del análisis de la norma que antes fue transcrita [artículo 291 del Código de Comercio], la finalidad de la misma es la salvaguarda de los derechos de las minorías societarias, para cuyo fin, en caso de que a juicio del juez existan o no fundados indicios sobre la veracidad de la denuncias, la providencia judicial definitiva está dirigida a acordar o no la convocatoria de una asamblea extraordinaria; de allí que, según el autor Levis Ignacio Zerpa, 'la actuación del Juez está limitada a resolver si procede o no la convocatoria de la asamblea', en la cual, en caso de que sea acordada, se ventilará si, efectivamente, existen o no las irregularidades que sean denunciadas, así como todo lo que se considere pertinente. Es decir, no le está dado al juez pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, así como tampoco imponer a la asamblea las medidas que se deben tomar, por cuanto ésta no es la finalidad de la norma, la cual resguarda el derecho constitucional a la libre asociación. Es por ello que, como **no se trata de un juicio donde exista contención o conflicto intersubjetivo de intereses, la decisión que se tome no es de condena, constitutiva ni declarativa, sólo está destinada al otorgamiento de la posibilidad, a los socios minoritarios, de la convocatoria de una asamblea extraordinaria en la cual se ventilen sus denuncias**; de allí que el Juez tenga facultades bien limitadas, cuales son: a) ordenar, luego de que escuche a los administradores y comisario, la inspección de los libros de la compañía, para lo que nombrará uno o más comisarios; b) luego de visto el informe del o los comisarios, puede: b.1) en caso de que a su juicio no existan indicios sobre la veracidad de las denuncias, declarar la terminación del procedimiento; y b.2) si, por el contrario, existen indicios acerca de la veracidad de las denuncias, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea...". (Resaltado del presente fallo)

Ahora bien, el principal argumento de la parte recurrente consiste en que, la norma del artículo 291 del Código de Comercio, coarta "...el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detentan en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social".

Por su parte, la representación de la Asamblea Nacional manifestó que ese quórum era necesario para el normal desenvolvimiento de la compañía y que los socios minoritarios podían acudir ante el comisario para denunciar las irregularidades en la administración, conforme al artículo 310 *eiusdem*.

Al respecto, esta Sala Constitucional, en decisión N° 1420 del 20 de julio de 2006, efectuó un análisis de los derechos de los socios minoritarios, en los siguientes términos: (VERIFICAR SI ESTÁ PUBLICADA, Y SI LO ESTÁ, *OMISSIS* Y REFERENCIA).

“En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

Los derechos de los accionistas minoritarios y la manera de ejercerse, a juicio de esta Sala, no atentan contra el derecho a asociarse con fines lícitos, que prescribe el artículo 52 constitucional, ya que el Estado, por medio de sus Poderes -entre éstos, el Judicial- está obligado a facilitar ese derecho y a tal fin la interpretación constitucional actúa como una herramienta al garantizarle a quienes se asocian el cumplimiento de los valores que impone el ordenamiento jurídico.

La comprensión de la empresa societaria como una entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo de sus socios, queda plasmada en una amplia tendencia -ya casi global- que señala que su responsabilidad trasciende también en aquellas personas involucradas en el negocio: trabajadores, proveedores, clientes, competidores, etcétera.

Bajo este nuevo esquema, la empresa pasa a ser concebida como un importante motorizador de la economía con un impacto social fundamental y de allí que los Estados hayan comenzado a regular un conjunto de instituciones que permitan imponer -también dentro del ámbito societario- conductas éticas que resguarden los intereses de todos los que forman parte de ese amplio espectro de afectados -directa o indirectamente- por el desarrollo del negocio.

Es así como, a raíz de escándalos financieros globales como los conocidos casos de Enron y Worldcom -por referir a los más conocidos en el pasado reciente- han cobrado un nuevo empuje las mejores prácticas postuladas por el denominado «Buen Gobierno Corporativo», como un sistema que permita velar la satisfacción cabal de los fines sociales (en la amplia dimensión ya referida), permitiendo que las empresas obtengan altos índices de eficiencia y rendimiento al establecer pautas de transparencia que permitan a los interesados conocer la manera en que los directivos las gestionan y poner a su disposición mecanismos para resolver los conflictos de intereses que pudieran generarse para que -en definitiva- se propenda a un equilibrio «hacia adentro» de la empresa, que redundará en una positiva proyección de la actividad empresarial «hacia fuera».

En este entorno, apunta la Sala, la protección de los accionistas minoritarios cobra particular importancia y en ella colocan un énfasis especial las mejores prácticas referidas, pues se destinan fundamentalmente a impedir que quienes se hagan del control de la compañía lo utilicen -no en beneficio de la sociedad- sino en la satisfacción de sus propios intereses, a expensas de los minoritarios u otros integrantes del circuito económico (cfr. WIGODSKI, Teodoro y Franco ZÚÑIGA. Gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de Opas [En línea] Revista de Ingeniería de Sistemas, Departamento de Ingeniería industrial, Universidad de Chile, Volumen XVII, N° 1, Julio 2003 [Citado: 20 de junio de 2006] Disponible en www.dii.uchile.cl).

Por sólo mencionar el ámbito iberoamericano, países como Colombia, Chile, España, México, Panamá y Perú, han dado cuenta de estos principios a través de recientes reformas a sus leyes mercantiles, incorporando esta clase de mecanismos destinados -por una parte- a brindar independencia a sus directivos y a sus respectivas instancias de inspección (auditoría) respecto de los accionistas de las empresas que gestionan y -por la otra- permitir el acceso a la información relevante acerca de la gestión que éstos desarrollan, a todos los accionistas sin discriminación, entendiendo que el mayor conocimiento que éstos posean al respecto, garantiza su cabal participación en las instancias deliberantes de las empresas y, por tanto, el pleno ejercicio del derecho al voto en el seno de las mismas (*Vid.* MUÑOZ PAREDES, José María. El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia [en línea]. Diario La Ley N° 6078, Año XXV, 03-09-2004, Ref. D-174, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com; y QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia. Protección del Accionista Minoritario como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la Globalización [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVII, N° 109, enero-abril 2004 [Citado: 20 de junio 2006] Disponible en www.ejournal.unam.mx).

En el caso de España, la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, incorporó las directrices impartidas por la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, fundamentalmente dirigidas a proteger al accionista minoritario, permitiéndole -entre otras cosas- a un mínimo del cinco por ciento (5 %) de los accionistas solicitar al Registrador Mercantil, con cargo a la sociedad, el nombramiento de un Auditor de Cuentas para determinado ejercicio o la revocación del que fuere designado por la Junta General. Asimismo, se concede a los minoritarios -con una exigencia mínima del porcentaje indicado- la posibilidad de ejercer, en protección de los intereses de la sociedad, la acción de responsabilidad en contra de sus administradores y, en general, se les brinda suficiente legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y solicitar su correspondiente suspensión cautelar (*Vid.* BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Décima edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2000, pp. 264-271).

La protección del accionista minoritario ha sido reforzada a tal punto que el ordenamiento penal español, dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, cataloga como un hecho típico la adopción de acuerdos sociales abusivos, criminalizando la actitud defraudatoria de quienes prevaleciendo de su condición mayoritaria dentro de los órganos de la empresa y con ánimo de lucro propio o ajeno, adopten acuerdos en perjuicio de los demás socios (URRAZA ABAD, Jesús. La adopción de «acuerdos abusivos» como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil [en línea]. Diario La Ley, 1996, Ref. D-290, Tomo 5, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynews.com).

Otro ejemplo interesante se da en el caso colombiano, en el que la reforma efectuada a su Código de Comercio en 1995 incorporó un régimen especial de supervisión y vigilancia sobre las sociedades controladas, entendiendo por éstas aquellas en las que el poder de decisión de la Asamblea está sometido -directa o indirectamente- a la voluntad de una sociedad matriz controlante, de un grupo empresarial o incluso de una o varias personas naturales. Al amparo de este estatuto, se ha querido trascender la ficción de «democracia societaria» que permitiría a los grupos de control imponer sus decisiones en perjuicio de los minoritarios, protegiendo ostensiblemente los derechos de éstos (Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en Sala Plena. Sentencia N° C-707, de 6 de julio de 2005 [en línea, citado: 20 junio 2006] Disponible en www.ramajudicial.gov.co).

IV

En nuestro sistema, dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio, los accionistas minoritarios, en materia de compañías anónimas, tienen los siguientes derechos:

- 1) Ser convocado y actuar en las Asambleas (artículo 275 del Código de Comercio).
- 2) Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedir las, hasta que una nueva Asamblea decida el punto (artículo 290 *eiusdem*).
- 3) **Los socios que representen la quinta parte del capital social, pueden denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los Comisarios (artículo 291 del Código de Comercio); y**
- 4) Denunciar a los Comisarios los hechos de los administradores que crean censurables. Si la denuncia ha sido efectuada por socios que representan una décima parte del capital social y los Comisarios consideran fundada y urgente la denuncia, deben convocar inmediatamente a una Asamblea para que decida sobre lo reclamado.

De estos derechos, los accionistas minoritarios no pueden ejercer algunos, si no alcanzan a representar una décima o quinta parte del capital social lo que ya supone una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

(...)

Sólo interpretando de esta forma las normas, a favor de cualquier accionista, los diversos artículos del Código de Comercio se adecuarían al vigente texto constitucional.”
(Resaltado del presente fallo)

De la transcripción de los fallos que anteceden, esta Sala observa que, la norma cuya nulidad se demanda regula un procedimiento no contencioso, destinado a la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, por lo cual aquellos socios que ostenten un mínimo de la quinta parte del capital social puedan alertar al juez de comercio, para que luego de oído a los administradores y al comisario, convoque o no a una asamblea de accionistas, para que los socios resuelvan por mayoría acerca de lo que consideren conveniente a la sociedad, quedando cerrado el acceso a la jurisdicción de todos aquellos accionistas minoritarios que no detenten en su conjunto ese quórum calificado o especial del veinte por ciento (20%) del capital social.

En este sentido se aprecia que si bien los accionistas minoritarios podrían acudir a presentar sus denuncias ante el comisario, conforme al artículo 310 del Código de Comercio, tal como lo señaló la representación de la Asamblea Nacional, ello no les permite acceder a los órganos jurisdiccionales ante la falta de acción de dichos comisarios, pues éstos sólo están obligados de informar del reclamo a la Asamblea si los accionistas reclamantes tiene más de la décima parte del capital social o ellos la estiman fundada, por lo que sus sospechas o denuncias podrían incluso quedar silenciadas a discreción del comisario; de allí que se les somete a utilizar un sistema mediatizado, esto es, a través de órganos internos de la compañía, que no satisface los requerimientos de acceso a la justicia, ya que, tal como está concebido, no provee de una razonable oportunidad para su ejercicio.

Es de notar que, esta limitación a los socios minoritarios fundada en el capital, que data desde la publicación del Código de Comercio en 1955, resulta contraria a la Constitución de 1999, en la cual se instauró como regla primordial, la posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a toda persona, para cualquier tipo de procedimientos judiciales, incluso aquellos asuntos correspondientes a la jurisdicción voluntaria, siempre que se cumplan los requisitos previamente establecidos para su ejercicio dentro de la legislación.

Ciertamente, la Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961 y de las Constituciones anteriores, consagró en su artículo 26 y por primera vez en forma expresa, el derecho de acceso a la justicia, ligado indisolublemente al artículo 257 de la Carta Magna, el cual contempla al proceso como instrumento de justicia que viene a satisfacer al mismo tiempo el interés individual comprometido por el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la actividad jurisdiccional; por lo cual, siendo su fin último la tutela de los derechos, no se podría permitir el sacrificio de la tutela jurisdiccional, bien porque la práctica desnaturalice los principios que lo constituyen o porque sea la propia ley la que, por su imperfección, impida tal función tutelar, pues de ser así, el proceso fallaría en su cometido, toda vez que, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión judicial, y jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia.

Por tal motivo, la Constitución consagra la existencia de un debido proceso como garantía de la persona humana, de modo que, los preceptos que instituyen al proceso se crean en atención a los lineamientos constitucionales, a objeto de hacer efectivo el control constitucional de las leyes. Así las cosas, si una ley procesal o material instituye una forma que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho subjetivo, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el artículo 21 del Texto Fundamental consagra el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en los términos siguientes:

“Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.

Como se puede observar la Carta Magna impone como regla el principio de igualdad y exhorta a la ley para que expresamente garantice las condiciones jurídicas y administrativas para que esa igualdad sea auténtica, real y efectiva.

Sobre este particular, la Sala mediante decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006 ha enfatizado el principio de igualdad en los siguientes términos:

“De este modo, nuestro sistema se adhiere por convicción y por tradición a la concepción post-revolucionaria de finales del siglo XVIII, de acuerdo a la cual el principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Con ello, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se alinea con la filosofía igualitarista de la Revolución francesa, reconociendo expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes.

(Omissis)

“De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista”.

De lo anterior se colige que en la Constitución de 1999 se redujo la posibilidad del legislador de establecer restricciones, excepciones o privilegios que no se justifiquen entre el trato dado a unos y otros, pues la única diferencia que se permite al respecto es el trato desigual de los desiguales (ver decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006).

En este sentido, todos los accionistas que deseen denunciar irregularidades administrativas dentro de su empresa, deben ser tratados de forma igualitaria, pues el diferenciarlos y limitarles sus derechos por el solo hecho de contar con un capital social reducido no es una desigualdad justificada. Su interés en el bienestar de la compañía y de su correcto funcionamiento es igualmente legítimo.

Del análisis anterior, esta Sala infiere que las disposiciones del artículo 291 del Código de Comercio, en lo que se refiere al requisito de exigir a los socios minoritarios ostentar un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan el quórum calificado exigido por la mencionada norma, ya que los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre las irregularidades cometidas por sus administradores en la sociedad, por lo que haciendo un análisis progresista conteste con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el artículo 2 de nuestra Constitución, se debe anular el mencionado requisito. Así se decide.

En consecuencia, esta Sala Constitucional **modifica el contenido del primer párrafo** del artículo 291 del Código de Comercio, en lo concerniente a la eliminación del requisito de un mínimo de la quinta parte del capital social para acceder a los órganos jurisdiccionales, quedando dicha norma redactada de la siguiente forma:

“Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, los socios podrán denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.”

A la luz de los criterios anteriores, se debe declarar parcialmente con lugar el recurso de nulidad de autos, toda vez que se acogió la denuncia de inconstitucionalidad del requisito exigido en el primer párrafo de la norma impugnada, mas se desecha la solicitud de nulidad del resto de su contenido por no haber sido objeto de denuncia alguna. Así se declara.

Voto Salvado Carmen Zuleta De Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por las razones que se explanan a continuación:

La mayoría sentenciadora declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Pedro Luis Pérez Burelli, contra el artículo 291 del Código de Comercio porque consideró, que el quórum establecido en el primer párrafo del mismo resulta inconstitucional, en tanto coarta el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, a aquellos accionistas minoritarios que no reúnan, ya que, en su criterio, los discrimina y excluye de pleno derecho, imposibilitándolos de alertar al juez sobre irregularidades cometidas por los administradores en la sociedad.

En criterio de quien disiente, se trata de un presupuesto procesal que el legislador estableció en el ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa en materia procesal, que supedita el acceso a la justicia a una condición razonable, no arbitraria, desigual ni desproporcionada, como lo es la de exigir un número de socios que represente la quinta parte del capital social (20%), para poder denunciar ante el tribunal de comercio hechos que -en su criterio- configuren graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios.

La declaratoria de nulidad del primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio se enfocó en el tema del abuso de las mayorías, obviando que desde hace ya algún tiempo se ha abierto el paso (y especialmente en el Derecho Comparado) a importantes construcciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, acerca del abuso de las minorías, ante la búsqueda de un difícil equilibrio frente al rigor -que no impide su eficacia- del principio mayoritario imperante en las sociedades anónimas.

En efecto, en el fallo del que discrepo, se dejó de considerar que el establecimiento del quórum a que se refiere la norma no obedece a un simple capricho del legislador, y que su finalidad no es otra que la búsqueda de un equilibrio que garantice la funcionalidad del ente societario, procurando evitar su paralización mediante actitudes obstruccionistas por parte de socios minoritarios, que han asumido un riesgo menor, es decir, lo que se quiso fue evitar situaciones de abuso de minoría, vetos injustificados e incompatibles con una gestión eficiente de la empresa que, en definitiva, puedan traducirse en chantaje u hostigamiento, con el único objetivo de favorecer sus propios intereses en detrimento del resto de los accionistas.

En materia societaria, la voluntad de la minoritaria debe, por regla, someterse a la de la mayoría, esto es un principio básico o elemental que rige en materia societaria que se denomina “*principio de las mayorías*” o “*principio mayoritario*”.

Se trata de un recurso técnico práctico que en modo alguno quebranta el derecho a la igualdad que no solamente implica dar trato igual a personas o situaciones iguales, sino también dar un trato diferente a personas o situaciones distintas, por lo que mal puede equiparse la situación en la que se encuentran los accionistas minoritarios con la de los accionistas mayoritarios, ni mucho menos pretenderseles dar un mismo tratamiento.

Quien discrepa debe acotar que en una sociedad mercantil quien mayor capital aporta, lógicamente debe contar con un mayor poder de decisión y control sobre su manejo, de allí que la mayoría en las asambleas, no se forma por mayoría de personas, sino por la mayoría de participaciones de capital que cada uno posea, por lo que la supresión del quórum que establecía el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio desconoce dicho principio, lo que resulta inconveniente para el sano funcionamiento de las sociedades mercantiles en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto favorece situaciones litigiosas innecesarias.

La minoría cumple, en lo interno de la sociedad, una importante misión de control que debe ser contenida en sus justos límites, de allí que se deba procurar un adecuado equilibrio entre el principio mayoritario y la protección de las minorías evitando, de esta forma, el ejercicio abusivo de sus derechos. Tal punto de equilibrio estaba establecido racionalmente en el primer párrafo del artículo 291 del Código de Comercio por lo que la pretensión de nulidad deducida debió haber sido declarada sin lugar.

D. *Garantía del debido proceso*

a. *Presunción de Inocencia*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

11.- Aunado a ello, al no existir una conducta como elemento base del injusto penal, no existiría soporte que sostenga la culpabilidad, circunstancia que lo convierte en una especie de tipo penal de sospecha, sustentado en el peligrosísimo y en la predelictualidad, contrario, por ende, al principio de presunción de inocencia, el cual exige la comprobación de un injusto culpable, como soporte lógico de la responsabilidad penal.

Como bien señala la representación de la Defensoría del Pueblo, el *principio de culpabilidad* se encuentra íntimamente vinculado al *principio de presunción de inocencia*, consagrado en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que este último es uno de los sustratos conceptuales y axiológicos sobre los cuales se construye aquél.

La mencionada norma constitucional establece:

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

(...)

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

La presunción de inocencia impide presuponer o tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un juicio previo, oral y público, en los términos previstos en el Código Orgánico Procesal Penal.

Aquella se configura como el derecho del imputado a no sufrir una condena, a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable.

La eficacia garantista de la presunción de inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también frente al legislador. En otras palabras, dicho principio se proyecta como un límite a la potestad legislativa, y, a la vez, como un criterio que condiciona las interpretaciones de los textos legales.

Sobre los alcances de la presunción de inocencia, esta Sala considera oportuno reiterar lo establecido en la sentencia N° 1.718, del 29 de noviembre de 2013. Caso: *Luis Antonio Bastidas*. Exp. N° 13-0272, a saber:

“Efectuadas las anteriores reflexiones, pasa esta Sala a analizar los alcances de la presunción de inocencia, y al respecto se observa que ésta abarca cualquier etapa del procedimiento de naturaleza sancionatoria, tanto en el orden administrativo como judicial, dado que si bien el contenido de la presunción de inocencia se refiere primordialmente a la prueba y a la carga probatoria, también se extiende al tratamiento general que debe darse al imputado a lo largo de todo el proceso (sentencias 2.425/2003, del 29 de agosto; 77/2011, del 23 de febrero; y 1.744/2011, del 18 de noviembre).

En este orden de ideas, la presunción de inocencia posee las siguientes implicaciones: a) Que la declaratoria de responsabilidad de toda persona sujeta a un proceso sancionatorio, debe estar precedida, necesariamente, de la prueba de los hechos que se le imputan, y que a aquélla se le permita desvirtuar tales hechos, a través de la apertura de un contradictorio, utilizando para ello todos los medios de prueba que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir; b) Que a esa persona se le confiera un trato de inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada (sentencia 1.744/2011, del 18 de noviembre).

En el proceso penal, la presunción de inocencia se desvirtúa cuando el Juez de Juicio, una vez examinados los argumentos de las partes y el acervo probatorio, ha obtenido un grado de certeza y con base en ello ha construido y declarado la culpabilidad del acusado. Para tal declaratoria, el órgano jurisdiccional debe haber previamente comprobado que el hecho es sustancialmente igual a la descripción fáctica establecida en la ley penal como presupuesto para una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero). Ello no es otra cosa que la operación mental denominada subsunción, es decir, la vinculación de un hecho con un pensamiento, a los fines de verificar si los elementos del pensamiento se reproducen en ese hecho (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero).”

En el campo del Derecho Penal sustantivo, dicha operación mental se materializa encuadrando un hecho bajo las categorías que configuran el edificio conceptual de la teoría general del delito, a saber, acción jurídico-penal, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como también determinando la autoría (directa, coautoría o autoría mediata) y la concurrencia de dispositivos amplificadores de la responsabilidad penal, sean de naturaleza temporal (tentativa y frustración) o personal (inducción, cooperación inmediata, complicidad necesaria y complicidad simple), todo ello a los fines de comprobar si ese hecho concreto ostenta las caracterís-

ticas esenciales de todo delito, claro está, una vez que se haya determinado cuál es el tipo de la parte especial del Código Penal -o de la legislación penal especial o colateral-, que deba aplicarse al caso concreto (sentencias 1.303/2005, del 20 de junio; y 77/2011, del 23 de febrero).

12.- En relación y en suma a lo anterior, el tipo penal previsto en el artículo 502 del Código Penal representa un tratamiento discriminatorio, fundado en la condición social del sujeto, al que se le castiga por el solo hecho de ser *mendigo*, es decir, por dedicarse habitualmente a la petición de limosna a otros, lo cual no es otra cosa que sancionar un modo de conducción de vida que no es socialmente lesivo *per se*, circunstancia contraria al valor y al principio de igualdad consagrados en los artículos 2 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (exclusión por “marginación” fundada en razones socioeconómicas).

b. *Principio de legalidad en la tipificación de delitos y faltas.*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

Ratificando la jurisprudencia existente, debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta*).

7. Por otra parte, observa esta Sala que el mencionado tipo penal impugnado, además de no describir la acción de mendigar, tampoco precisa qué debe entenderse por persona “no apta para el trabajo” o por persona “apta para el trabajo”.

Así pues, la disposición contenida en el artículo 502 del Código Penal no describe de forma suficientemente clara y precisa la conducta prohibida, circunstancia que se enfrenta con la exigencia de ley estricta (*lex stricta*) y, por tanto, con los principios de taxatividad y legalidad de la ley penal (*vid.* arts. 1 del Código Penal y 49.6 del Texto Fundamental), los cuales se vinculan, a su vez, con los principios del debido proceso, la tutela judicial efectiva y justicia (*vid.* arts. 49, 26, 2 y 1 *eiusdem*). Siendo así, se considera que, en este primer aspecto, le asiste la razón a la Representación de la Defensoría del Pueblo. Así se declara.

Respecto a los alcances del principio de legalidad, esta Sala en sentencia N° 885 del 8 de mayo de 2002. Caso: *Fiscal Segundo del Ministerio Público del Estado Portuguesa*. Exp. N° 01-1695, estableció lo siguiente:

“... para el castigo penal de una conducta es indispensable que la misma esté tipificada legalmente y que, asimismo, la ley le atribuya la sanción correspondiente, todo ello conforme al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que acogió el artículo 49.6 de la Constitución Nacional”.

Igualmente, en sentencia N° 1.747 del 10 de agosto de 2007. Caso: *Mónica Andrea Rodríguez Flores*. Exp. N° 06-1656, esta Sala indicó:

“El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido

configurado por la doctrina de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado”.

Ahora bien, el principio de legalidad penal se encuentra estrechamente vinculado al principio de reserva legal, y en este sentido, en sentencia N° 1.744 del 9 de agosto de 2007. Caso: *Germán Mundarain*. Exp. N° 04-2149, esta Sala señaló:

“... la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal....

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela....

... de esta primera garantía [reserva legal] se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta o lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas”.

Conforme a la jurisprudencia antes reseñada, debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta*).

Asimismo, en la última de las sentencias citadas se estableció que el principio aquí analizado abarca una serie de garantías *formales*, entre las cuales tenemos, esencialmente, las siguientes:

a) La *garantía criminal*, según la cual todo hecho punible debe estar previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*).

b) La *garantía penal*, que implica que toda sanción penal debe crearse, necesariamente, mediante una ley (*nulla poena sine lege*).

c) La *garantía jurisdiccional*, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia.

d) La *garantía de ejecución*, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

Esta Sala también estableció en dicho fallo, que del señalado principio limitador se deriva un segundo grupo de garantías, ahora de carácter *material*, que no son otra cosa que los requisitos de legitimidad que debe cumplir la ley penal, y en este sentido, ésta debe ser:

a) Previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal.

b) Escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la costumbre como fuente del Derecho Penal.

c) Debe individualizar de forma cierta, concreta y determinada la conducta prohibida (en los delitos de acción) u ordenada (en los delitos de omisión), es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta*), cobrando vida en este último aspecto el *principio de taxatividad* o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

[OMISSIS]

10.- Al respecto, en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se evidencia, un *derecho penal de acto*, cuando dicha norma dispone que “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*” (Resaltado del presente fallo).

En efecto, se observa que en la norma prevista en el artículo 502 del Código Penal, tal como se indicó *supra*, no se sanciona la realización de una conducta claramente individualizada, sino la mera condición de *mendigo*, de allí que sea plausible afirmar también, por vía de consecuencia, que en tal disposición, el presupuesto de la sanción no está conformado por un hecho humano voluntario y externo que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, sino únicamente el modo en que el sujeto activo configura su vida personal, lo cual resulta contradictorio con el contenido del principio limitador anteriormente reseñado, y por ende, al numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a ello, el artículo 502 del Código Penal, además de ser contrario a los principios de responsabilidad por la conducta y culpabilidad, es antagónico al principio de legalidad penal, el cual presupone acciones u omisiones externas, socialmente dañosas.

2. *Derechos Individuales*A. *Libertad personal: Régimen de la intervención penal y valoración de la mendicidad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

..14.- Aunado a lo anterior, la norma en cuestión es refutable desde la perspectiva de los principios de idoneidad, utilidad, necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad de la intervención penal, circunstancia que pudiera explicar las acciones del Estado y la sociedad venezolana frente al fenómeno de la mendicidad, el cual no sólo está vinculado con uno de los valores cardinales del Texto Fundamental, como lo es la solidaridad (Art. 2 Constitucional), sino también con los derechos a la autonomía personal o al libre desenvolvimiento de la personalidad, así como también al respecto a la dignidad humana (arts. 20 y 3 *eiusdem*).

El principio de subsidiariedad implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso (o *ultima ratio*) para solucionar los conflictos sociales, debiéndose acudir a aquél sólo cuando sean insuficientes -o no existan- otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Igualmente, en sentencia N° 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*. Exp. N° 07-0800, esta Sala estableció que el principio de subsidiariedad se desprende del modelo de Estado Social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos esenciales “... la exigencia de **necesidad social de la intervención penal**. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección”.

Uno de los aspectos que el Estado venezolano ha abordado de forma prioritaria y perentoria en los últimos lustros ha sido la protección de las personas que se encuentran en situación de mendicidad, en correspondencia con la visión preponderantemente humanista y social del Estado que transversaliza la Constitución de 1999.

Tal ha sido la relevancia que ha dado el Ejecutivo Nacional a la garantía preeminente de los derechos de las personas en situación de mendicidad, que en el año 2006 fue creada la Comisión Presidencial “Misión Negra Hipólita”, cuyo objeto es *coordinar, promover y asesorar todo lo relativo a la atención integral de todos los niños, niñas, adolescentes y adultos en situación de calle, adolescentes embarazadas, personas con discapacidad y adultos mayores en situación de pobreza extrema, así como sus familiares de origen* (art. 1 del Decreto de creación de la referida comisión -N° 4210-, dictado por el Presidente Hugo Chávez Frías, y publicado en *G.O.* 38.358, del 13 de enero de 2006); así como también fue instaurada la Fundación Misión Negra Hipólita, dirigida a *la ejecución de planes, programas y proyectos dirigidos a la atención y formación integral de todos los niños, niñas, adolescentes y adultos, con especial énfasis en aquellos que se encuentran en situación de calle*; y, finalmente, los lineamientos dictados por la Comisión Presidencial “Misión Negra Hipólita” (art. 1 del Decreto de creación de la referida Fundación N° 5616, dictado por el Presidente Hugo Chávez Frías, y publicado en *G.O.* 38.776, del 25 de septiembre de 2007).

Resulta pertinente comparar tales acciones no punitivas sino fundamentalmente restauradoras por parte del Estado venezolano en la actualidad, con actuaciones que caracterizaron otros períodos de la historia republicana, signadas por la represión, en especial, hacia grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ejemplo, desde 1863, con la creación del primer Código Penal, en el cual se establecía un título dedicado a los “delitos” de la vagancia y la mendicidad (esta última posteriormente fue considerada una falta penal -ver, p. ej. Código Penales de 1897, 1904, 1912, 1915, 1926, 1964, 2000 y 2005), hasta llegar, por ejemplo, a la -anulada- “Ley sobre Vagos y Maleantes”, reformada por última vez, el 18 de julio de 1956, y aplicada hasta hace algunas décadas atrás; o también a las normas objeto de la presente solicitud de nulidad, las cuales datan, en esencia, de hace más de un siglo (p. ej. el art. 502 vigente tiene una redacción bastante similar a la del art. 462 del Código Penal de 1863, en cuyo texto encabezamiento se disponía lo siguiente “*El que siendo apto para el trabajo fuere hallado mendigando, será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia, el arresto podrá imponerse hasta por quince días (...)*”).

La inexistencia o escasa existencia de actuaciones penales sustentadas en el artículo 502 del Código Penal, constituye una variable vinculada al respeto de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y mínima intervención, los cuales evidencian un derecho penal de razón última (última ratio) o, en fin, un derecho penal pertinente y necesario. Es decir, tal variable se asocia a la existencia de un Texto Constitucional preponderantemente garantista y respetuoso de los derechos humanos individuales y colectivos, como lo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este contexto jurídico se observa que la mendicidad supuesta o simple debe ser objeto de control social y, por ende, de regulación, para garantizar eficazmente los derechos de quienes estén en esa condición y también de los que no, como lo ha venido siendo, sólo que no a través de la criminalización o intervención penal, o, al menos, no de la forma contenida en el artículo 502 del Código Penal, en razón de lo antes expuesto.

Con ello la Sala no pretende formular una valoración ética de la mendicidad, sino declarar unos límites constitucionales al control estatal de la misma, frente a una forma de regulación que constituye una rémora del pasado que, en el plano formal, aun no ha sido superada.

15.- Todas las circunstancias y planteamientos efectuados hasta aquí advierten que la norma *sub examine* no resiste el análisis de su constitucionalidad, evidenciando que no es legítima la intervención penal prevista en el artículo 502 del Código Penal y que la misma carece de validez por ser contraria a los referidos principios y normas fundamentales.

En consecuencia, esta Máxima intérprete y garante jurisdiccional de la Constitución, debe declarar nulo el artículo 502 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005, y fijar los efectos *ex nunc* y *ex tunc* a la presente declaratoria. Así se declara.

3. *Derechos Políticos*

A. *Pérdida de la ciudadanía*

TSJ-SC (761)

18-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

.....En atención a los precedentes jurisprudenciales expuestos, se constata que la Sala ha resuelto el alcance, contenido y aplicación de la norma comprendida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo que la misma **se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía (entre los que se encuentran los derechos políticos)** por parte de los venezolanos por nacimiento que han renunciado a la nacionalidad venezolana, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada la misma por sentencia judicial firme, por lo que tal disposición constitucional, perfectamente puede subsistir -sin que ello sea violatorio de los derechos políticos- con las limitaciones que mediante ley (en sentido estricto) se establezcan para el ejercicio de cargos públicos, ejemplo, la inhabilitación decretada por el Contralor General de la República en contra de los funcionarios que hayan sido declarados responsables en lo administrativo.

4. *Derechos Sociales y de la familia*

A. *Régimen de protección de los más débiles*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

13. Precisamente en este contexto se hace especialmente pertinente y útil la referencia a la concepción de los derechos y las garantías, como «la ley del más débil» (Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3^a. ed., Madrid, Trotta, 1999), como las herramientas que tiene quien, en un momento o condición de “debilidad”, encuentra en ellas un poder para hacer valer sus intereses jurídicos; un instrumento para protegerse o proteger a los demás, ante todo, aquellos cuya situación de debilidad social frente al poder de los demás, incluso del Estado, es más aguda y constante, como la de los mendigos y, dentro de ellos, especialmente, los grupos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Uno de esos instrumentos de protección de los más débiles lo constituye, precisamente, el Estado Social de Derecho, expresión jurídica y política que inspira y orienta de forma sobresaliente el Texto Constitucional de 1999.

Al respecto, la sentencia n. 85 de fecha 24 de enero de 2002. Caso: *Asodiviprilara*. Exp. N° 01-1274, con relación al Estado Social de Derecho refiere:

“Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por las propias leyes como **débiles jurídicos**, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos...”(Negrillas nuestras).

De lo antes expuesto se concluye que el Estado Social debe proteger a las personas que se encuentren en situación de desventaja, frente a grupos de poder o personas que poseen una situación de dominio con respecto a otros.

Así, el Estado tiene el deber de velar por las personas en situación de vulnerabilidad, como lo ha venido instrumentalizando con los programas sociales y demás acciones que ha venido desarrollando, en aras de mejorar las condiciones de vida de la población en general y, en especial, de quienes pudieren encontrarse en situación de *mendicidad*, empleando los términos del Código Penal.

El Derecho Penal y su implementación a través del sistema penal, debe ser una guía jurídica para el respeto de los derechos fundamentales que le asisten a toda persona, no pudiendo establecer criterios de criminalización que afecten principios, derechos o garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el resto del ordenamiento jurídico.

En un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la realización personal y la convivencia pacífica en la sociedad, con el menor sacrificio posible de la libertad y demás intereses jurídicos.

Esta Sala Constitucional, en sentencia N° 915 de fecha 20 de mayo de 2005. Caso: *Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta*. Exp. N° 04-2186, estableció respecto a la función del Derecho Penal, lo siguiente:

“... entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico...”

... la pena -y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.”

Ahora bien, este objetivo del Derecho Penal, para ser legítimo, lo debe procurar el Estado respetando los límites que imponen, entre otros, los principios sobre los cuales se construye dicha rama del Derecho (principios penales), que son una proyección de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto a la necesidad de dicha limitación, esta Sala estableció en la sentencia antes citada, lo siguiente:

“... para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

‘En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida -y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.’ (MIR PUIG. *Ob. Cit.*, p. 65)

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: 1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3) Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (dimanando estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización (derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En esta línea de criterio, en sentencia N° 1.632 de fecha 2 de noviembre de 2011. Caso: *Isabella M. Vecchionacce Queremel y otro*. Exp. N° 10-0659, esta Sala estableció lo siguiente:

“... el mecanismo que funge como válvula de escape a los efectos que surgen de tal tensión [entre los derechos de los ciudadanos y el interés del Estado por motorizar su reacción frente a la infracción de los mandatos y prohibiciones contemplados en la ley penal], es el sometimiento del ejercicio del poder punitivo del Estado a los límites derivados del modelo de Estado social, democrático de Derecho y de Justicia consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional. En tal sentido, si bien dicho poder estatal es otorgado por la Constitución, al mismo tiempo la extensión de dicho poder debe estar limitada por una serie de principios que están al servicio de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (valores superiores éstos del ordenamiento jurídico), y que se encuentran consagrados tanto en la propia Constitución como en tratados internacionales suscritos por la República. Así, en esta forma de organización estatal, las autorizaciones o facultades otorgadas a los órganos estatales nunca son ilimitadas; por el contrario, toda autorización sólo se concede en los límites que la Constitución y la ley definen y toleran.

... entre los límites axiológicos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas implicaciones abarcan tanto la dimensión sustantiva como procesal del ámbito jurídico-penal, podemos resaltar, a título de ejemplo, la prohibición de establecer o aplicar la pena de muerte (artículo 43), la inviolabilidad de la libertad personal, salvo en los supuestos en que la propia Constitución lo autoriza (44.1), el principio de intrascendencia de las penas, la prohibición de establecer penas perpetuas, infamantes o que excedan los treinta años (artículo 44.3), el derecho de toda persona a no ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (46.1), el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (46.2), el derecho a la defensa (49.1), el principio de presunción de inocencia (49.2), el derecho a ser oído con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial (49.3), el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (49.4), el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones (artículo 49.6), el ne bis in idem (49.7), la prohibición de establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional de venezolanos y venezolanas (artículo 50), la prohibición de extraditar ciudadanos venezolanos y venezolanas (artículo 69) y el principio de legalidad de los procedimientos.

Asimismo, pueden resaltarse otros límites al ejercicio del poder punitivo, cuya recepción no ha sido expresa en la Constitución, sino inferida de otros valores, principios y derechos consagrados en ella, como son el principio de culpabilidad (sentencias 1.744/2007, del 9 de agosto; y 490/2011, del 12 de abril), el principio de subsidiariedad (sentencia nro. 1.676/2007, del 3 de agosto) y el antes mencionado principio de legalidad de los procedimientos.”

Conforme a lo anterior, se concluye entonces que los límites a la intervención penal se encuentran previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual contempla en este sentido un *programa penal*, es decir, un conjunto de principios limitadores, cuya función primordial es fungir como marco normativo para la actuación de los órganos del sistema penal, y especialmente, para el legislador.

B. *Derecho al Trabajo: Derecho y deber de trabajar. Situación de mendicidad*

TSJ-SC (828)

25-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

El reconocimiento jurídico del valor del trabajo parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que, entre otros aspectos, señala que aquel es un derecho y un deber, cuando sostiene que toda persona “tiene el derecho al trabajo y el deber de trabajar”.

...5. Como ha podido apreciarse, la mendicidad se encuentra dentro del libro de las faltas en el Código Penal, concretamente en el Capítulo VII (de la Mendicidad) del Título I, referido a las Faltas Contra el Orden Público.

De ello pudiera inferirse que, según el Código Penal, el bien jurídico tutelado en la mendicidad es el orden público.

Sin embargo, más allá de la ubicación de la falta en cuestión, resulta relevante desentrañar su contenido, tanto para determinar su alcance, como para seguir precisando el interés jurídico tutelado, circunstancias relevantes para resolver el fondo de lo solicitado.

En tal sentido, el tipo base de mendicidad utiliza como parámetro fundamental de la conducta típica, la aptitud para el trabajo.

Tal circunstancia hacen forzosa la alusión del trabajo como realidad social constitucionalmente significativa, toda vez que la aptitud para el trabajo constituye un factor relevante para la presente tipificación; razón por la que, desde cierta perspectiva, pudiera estimarse que el Código Penal, a través de la norma *sub-examine*, concretamente, el primer supuesto de la mendicidad, prevista en el artículo 502, pretende tutelar, además del orden público, el trabajo, a diferencia del segundo supuesto, referido a la persona que no es apta para el mismo.

En tal sentido, el reconocimiento jurídico del valor del trabajo parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que, entre otros aspectos, señala que aquel es un derecho y un deber, cuando sostiene que toda persona “tiene el derecho al trabajo y el deber de trabajar”.

Al respecto, el artículo 87 del Texto Fundamental dispone lo siguiente:

“Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores o trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones”.

Del referido artículo constitucional se evidencia que el Estado, como ente abstracto regulador de las correspondientes relaciones sociales entre los ciudadanos, debe, tanto garantizar el derecho al trabajo, como exigir el cumplimiento del deber del trabajo, para lo cual le corresponde seguir varios parámetros que plasmó el constituyente en el Texto Fundamental, con el objeto de propender hacia la dignificación de la persona a través de un empleo productivo que le genere las herramientas necesarias para su subsistencia y su convivencia sana con la colectividad, así como para contribuir a la producción y desarrollo económico de la República.

En ese contexto resulta imperiosa la protección del trabajo por parte del Estado, así como del resto de los bienes jurídicos vinculados al mismo. Sin embargo, es insoslayable preguntarse en qué casos, hasta qué punto, a través de qué medios y de qué forma debe protegerse tal interés, tal como ocurre respecto de otros objetos jurídicos.

En este asunto, interesa formular tales interrogantes frente a la regulación de la mendicidad en el Código Penal, pero también respecto de los demás bienes jurídicos que pretende tutelar tal configuración normativa, como lo es el orden público.

Así pues, a los efectos de la presente solicitud resulta determinante precisar si las normas objeto de la presente solicitud contravienen o no el Texto Fundamental, circunstancia que exige, entre otras operaciones intelectuales, analizarlas desde la perspectiva de los principios de utilidad, idoneidad, necesidad, subsidiariedad, fragmentariedad, culpabilidad y proporcionalidad, entre otros.

Al respecto, existen supuestos vinculados a la mendicidad en los que la intervención penal del Estado, por lo menos, no se muestra extraña. Así, *prima facie*, tendría inmediata explicación la punición de quien utilice niñas, niños, adolescentes, indígenas o personas en situación de vulnerabilidad, para mendigar; así como también quien utilice a los mendigos o mendigas para delinquir, o de quien mendigue de forma violenta, coactiva, o, en fin, de manera tal de menoscabar los derechos de las demás personas, por ejemplo, a la autonomía, a la libertad, a la integridad o a la vida (casos en los que la aplicación de la sanción igualmente estaría supeditada a la verificación de los elementos generales del delito -conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, así como a los especiales, inherentes a cada tipo penal).

Sin lugar a dudas, el Estado y la sociedad deben continuar desplegando todas las acciones necesarias para seguir evitando tales ilícitos, así como también para continuar previniendo la mendicidad por parte de personas y particularmente, niños, niñas y adolescentes, tal y como se ha demostrado a través de diversas misiones y otras acciones por parte del Poder Público, impulsadas a partir de la Constitución de 1999.

Ahora bien, no se muestra idóneo ni respetuoso al principio de imputabilidad, el arresto, al menos como pena, para un mendigo que sea inimputable por ser un niño o niña (art. 532 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), o por padecer una enfermedad mental grave (art. 62 del Código Penal), así como tampoco se muestra justo el arresto de quien mendiga pacíficamente para alimentarse o alimentar a su familia o otras personas, porque no ha tenido educación ni oportunidad para trabajar.

...6. El tipo penal de mendicidad previsto en el art. 502 del Código Penal, asocia una sanción (arresto hasta por quince días), a la persona “que fuere hallada” mendigando.

Al respecto, esta Sala debe señalar, en primer lugar, esa particular configuración típica, que a diferencia de la mayoría de los tipos penales, se refiere a quién fuere “hallado” cometiendo la conducta típica, y no a quien, en general, la cometiere, circunstancia cuando menos difícil de explicar desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, así como de otros axiomas del derecho, pues en todo caso, *in abstracto*, lo relevante debería ser la conducta que se estima contraria a derecho, con independencia de que la persona sea “hallada” o no durante su comisión, fenómeno cuya relevancia pudiera apreciarse mejor desde la perspectiva procesal, a través de la institución jurídica de la flagrancia, y no desde la óptica del derecho penal sustantivo.

C. *Derechos de protección social*

a. *Protección del matrimonio: Fundamento de la familia*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Francisco Anthony Correa Rampersad (Revisión Constitucional).

Para ello debe esta Sala Constitucional declarar de manera inequívoca que reconoce el matrimonio como una institución protegida por el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y también reconoce el matrimonio como un contrato civil solemne por el que los cónyuges manifiestan libremente su voluntad de fundar una familia en plena igualdad jurídica, y que implica una comunidad de vida y de bienes con recíprocos deberes y derechos entre cónyuges.

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de manera expresa establece: “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges...*”. Esta formulación normativa acorde con una larga tradición constitucional, legal, histórica y hasta universal reconoce el matrimonio como una institución de donde deriva la familia, como grupo primario del ser humano y base de la sociedad. Concebida la familia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), como el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (artículo 16).

En este sentido debe esta Sala destacar que, ciertamente, la familia deriva de manera inmediata de la unión matrimonial, pero no toda familia deriva solo y necesariamente de un matrimonio. En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge un amplio concepto de familia el mismo universalizado por la Organización de Naciones Unidas y que entiende a la familia como “*asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de los derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia*”.

Este concepto alude a la familia extensiva o ampliada que rebasa el concepto tradicional de familia nuclear conformada por el padre, la madre y los hijos derivada históricamente del matrimonio (véase sentencia de la Sala Constitucional núm. 1687/2008, caso: *Rosana Barreto*). Esta distinción paradigmática ha sido determinante en las decisiones de la Sala Constitucional y ciertamente asistimos a un momento en que el concepto de familia ha sufrido modificaciones y se ha ampliado, para incluir a otras personas distintas a las que normalmente la sociedad concebía dentro de la conformación familiar. Así, adicional a la familia nuclear,

patriarcal, bilateral y consanguínea, observamos otras categorías como la familia sustituta; la adoptiva; la recompuesta; por procreación asistida; la monoparental y la pluriparental; donde no necesariamente hay menores de edad o hijos, pero, en caso de haberlos, se desenvuelven con una maternidad o paternidad subrogadas por figuras atípicas (madrastras, padrastros) que son adultos que sirven de referentes significativos a aquellos (ZULETA, 2012). Lo importante de estas categorías familiares es que se caracterizan por la igualdad de derechos y deberes entre sus integrantes, por su solidaridad, esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco; independientemente de su origen, tal como lo señala nuestro Texto Fundamental en su artículo 75.

La Sala ha realizado las anteriores consideraciones para explicar que en la actualidad el Estado no debe su protección exclusivamente al matrimonio sino a la familia constituida como espacio social vital provenga ella del matrimonio, de una unión estable o de un concubinato. Lo ha reconocido recientemente esta Sala en sentencia Núm. 446 del 15 de mayo de 2014, con ocasión de un examen de la constitucionalidad del artículo 185-A del Código Civil, al sostener que *“la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio”*.

Corolario de la protección a la familia concebida al margen del matrimonio, es el reconocimiento que realiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las uniones estables de hecho, que en la parte *in fine* del aludido artículo 77 dispone: *“Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”*. Asimismo, es demostrativo de ello el contenido del artículo 76 que dispone: *“La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre”*. Norma respecto a la cual esta Sala, en una interpretación del aludido artículo 77 (sentencia Núm. 1682/2005), sostuvo:

“Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz ‘unión estable’ entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica -que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia .

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora -a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.

Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

‘Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer’, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio”.

Asimismo, señaló este Alto Tribunal:

“Ahora bien, al equipararse al matrimonio, el género ‘unión estable’ debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial, y conforme al artículo 767 del Código Civil, correspondiente al concubinato pero aplicable en la actualidad por analogía a las uniones de hecho, éste es el de la comunidad en los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial”.

- b. *Protección de la familia y sobre la institución del divorcio: Eliminación de las causales taxativas de divorcio*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Francisco Antony Correa Rampersad (Revisión Constitucional)

La Sala Constitucional realizó una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declaró, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento.

Determinante ha sido históricamente la influencia religiosa para otorgarle a la institución matrimonial la categoría que todavía ostenta en la normativa civil de viejo corte napoleónico. De allí, que la preservación del vínculo matrimonial fuese garantizado por la solemnidad de su celebración y su pretensión de indisolubilidad evocada por la frase “*hasta que la muerte los separe*”, estas fueron las razones que arrastraron a las legislaciones occidentales para normar rígidamente la disolución del vínculo matrimonial, formalismo de disolución que no mantienen otros vínculos de origen familiar como son las uniones estables de hecho y el concubinato formas éstas de convivencia familiar que se disuelven por el hecho efectivo de la separación de la pareja.

Se ha dicho en contra del divorcio que el mismo atenta contra la estabilidad de las familias constituidas por el matrimonio, y que el Estado debe estar interesado en evitar que el divorcio se produzca, persuadiendo a los cónyuges del mantenimiento del vínculo conyugal.

Al respecto, considera esta Sala que este tipo de afirmaciones en los actuales momentos merecen ser revisadas, pues las máximas de experiencia explican que no es el divorcio *per se* el que fragmenta la estabilidad de las familias, sino otros elementos de *facto* perturbadores que a la postre obligan a las parejas a decidir la disolución del vínculo que los une, a través del divorcio.

En ese sentido, sin temor a equívocos puede asegurarse que atenta más contra la familia una separación de la pareja, como consecuencia de una situación conflictiva prolongada, cargada de insultos, de irrespeto, de intolerancia y de humillaciones, sin canalizarse jurídicamente, a la que terminan acostumbrándose sus miembros; que el divorcio, como un mecanismo jurídico válido para poner fin a una situación dañina familiarmente donde se relajan los principios y valores fundamentales en la familia como son, la solidaridad, el esfuerzo común y el respeto recíproco entre sus integrantes, tal como lo preceptúa el artículo 75 constitucional.

De tal manera, que no es el divorcio sino los hechos que lo demandan los que atentan contra la familia. De suerte pues que no es manteniendo una unión matrimonial e impidiendo el divorcio como se subsanan los conflictos familiares, y se persuade a las parejas para la convivencia pacífica y el bienestar familiar.

Así, la institución del divorcio con las formalidades de ley surge para disolver el vínculo matrimonial con todas las dificultades procesales propias que ponen en cabeza del juez y del Ministerio Público incluso por encima de los cónyuges mismos, la decisión final de la declaratoria “con lugar” o “sin lugar” el divorcio, con todos los efectos absurdos que conlleva un “sin lugar” del divorcio.

El divorcio representa entonces el mecanismo jurídico válido para extinguir el vínculo matrimonial (artículo 184 del Código Civil), esto es, la solución que otorga el ordenamiento jurídico a los cónyuges, o a uno de ellos, cuando éstos consideran que sus diferencias son insalvables. Con razón la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido desde su sentencia Núm. 192/2001 (caso: *Víctor José Hernández*), lo siguiente:

“No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio”.

Estima la Sala Constitucional que, quizás contrario al pensar común, se promueve más el matrimonio como institución cuando se ofrecen condiciones fáciles, claras y accesibles para disolver el vínculo, que cuando se colocan obstáculos legales, pues, en nuestros días, la pareja opta por convivir sin contraer nupcias, como una solución que les permite gozar de los mismos efectos que el matrimonio, lo que se conoce como “uniones de hecho”, hoy día equiparadas por la Constitución y reconocidas por la jurisprudencia de esta Sala y por algunas leyes de la República (Ley Orgánica de Registro Civil, Ley del Seguro Social o la Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad).

La cotidianidad además enseña, a través de las máximas de experiencia, que en ocasiones las personas se niegan a contraer nupcias porque están convencidas que de hacerlo y de no resultar esa unión, los obstáculos para disolver judicialmente el vínculo son más difíciles que en otras condiciones, lo que hace que en definitiva algunas parejas desestimen el matrimonio y decidan unirse de hecho en una huída a las regulaciones formales que caracterizan a la institución matrimonial.

Ahora bien, la cultura social, jurídica y religiosa más ortodoxa postula el mantenimiento incólume del matrimonio a toda costa, al margen de la renovación de las concepciones familiares actuales y de la actualización de los comportamientos sociales.

Una revisión de los orígenes de la institución del matrimonio revelan cómo el matrimonio surge frente a la incertidumbre de la presunción de paternidad establecida en las Partidas de Alfonso X El Sabio: “*los hijos de mis hijas mis nietos son, los de mis hijos no sé si son*” máxima que aún consagran las legislaciones civiles liberales. Frente al hecho incierto de la paternidad, el hombre, para asegurarse su transmisión genética y patrimonial, tuvo que imponer serias limitaciones sociales y sexuales a la mujer (conceptuada como bien patrimonial del varón), y defenderse con un código de honor legitimador de la violencia familiar correctiva, la cual era plenamente aceptada y socialmente exigida (Zuleta, 2007).

En la actualidad afortunadamente el matrimonio ha dejado de ser expresión de la rancia sociedad patriarcal, por lo que se intenta remozarlo como una expresión de máximo afecto de pareja, y un acto voluntario de los cónyuges afianzado en el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

En este sentido, la actuación del Estado debe orientarse hacia la tutela de los ciudadanos en el significado del compromiso y los valores que conllevan a la formación de una familia, a través de la educación formal e informal; y menos en el sostenimiento de las exigencias formales que garantizan un estatus legal por encima del verdadero sentimiento de los cónyuges.

De allí que sea preciso entender la realidad social como fuente del orden normativo, y de la hermenéutica jurídica. En otras palabras, el Derecho y con ello los órganos legislativos - en primera instancia- y los operadores de justicia, de manera mediata, deben adecuar el Derecho a la sociedad para que el mismo satisfaga las expectativas de esta última.

Las normas jurídicas son reglas de comportamiento social pero los ciudadanos son entes sociales que exigen que la producción de normas se ciña a su propia dinámica, y a las diversificaciones y transiciones que caracterizan la vida en sociedad y no impidan su progreso y bienestar.

De tal modo que, un examen de las disposiciones normativas que regulan el divorcio no pueda apartarse de ese dinamismo social, siendo por tanto esta Sala Constitucional, como máximo y último intérprete de la Constitución (artículo 335 constitucional), la llamada a realizar las interpretaciones a que haya lugar sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, modulando las instituciones del ordenamiento jurídico para ajustarlas al modelo de Estado constitucional.

El divorcio es así la ruptura o extinción de un matrimonio contraído válidamente, mediante una sentencia judicial. Su previsión se encuentra contenida en el Código Civil, que dispone:

Artículo 184.-

Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio.

La institución del divorcio, de vieja data en nuestro ordenamiento civil, es concebida como una sanción o castigo al cónyuge infractor que hubiese incurrido en el incumplimiento de los deberes conyugales. Fue incorporada por primera vez en el Código Civil de 1904, ya que antes sólo se permitía la separación de cuerpos. Ese Código Civil establecía:

“El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por sentencia firme”.

Con posterioridad, los distintos Códigos que se promulgaron hasta el vigente han mantenido la institución con algunas variantes relativas a las causales o motivos que se pueden invocar para lograr la obtención de una sentencia de divorcio, las cuales fueron consideradas de manera taxativa por la doctrina y la jurisprudencia. Es así como, desde el Código Civil de 1942, se abandona la expresión “son causales legítimas” de divorcio las que enumera el texto legislativo, y se sustituye por la expresión “causales únicas”, que apareció entonces por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Tal redacción se mantuvo en la reforma al Código Civil de 1982, quedando entonces en los siguientes términos la norma que hoy conocemos y que se encuentra vigente:

Artículo 185. Son causales únicas de divorcio:

1°.- El adulterio.

2°.- El abandono voluntario.

3°.- Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.

4°.- El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5°.- La condenación a presidio.

6°.- La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.

7°.- La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

La norma transcrita contiene un catálogo de causas que permiten a uno de los cónyuges demandar el divorcio fundamentado en alguna causal de ley, sobre la base de que aquel cónyuge contra quien se ejerce la demanda haya incurrido en los supuestos enumerados, con lo que se presume un incumplimiento de uno o varios de los deberes conyugales que la institución matrimonial comporta.

La interpretación doctrinaria y jurisprudencial de esta norma legal ha considerado que la enumeración de las causales es de carácter taxativo; es decir, que el precepto contiene un *numerus clausus*, de tal modo que no se admite invocar un motivo distinto a los expresamente previstos en la norma.

Cabe destacar que antes de la reforma de 1942 al Código Civil, se preveía el divorcio por incompatibilidad de caracteres de los cónyuges, lo que comportaba una causal de divorcio de contenido muy amplio, que ofrecía una apertura a la institución del divorcio; sin embargo su eliminación legislativa hizo más evidente la intención del Legislador de impedir o disuadir al divorcio.

Desde luego, hoy día la refundación institucional propuesta en la vigente Constitución de 1999 obliga a una revisión de las instituciones preconstitucionales incluyendo el divorcio como fórmula de solucionar las desavenencias insalvables de la pareja unida en matrimonio. En efecto, es preciso considerar que la pretensión de divorcio planteada por un ciudadano supone el ejercicio simultáneo de otros derechos y garantías constitucionales, como lo son: el libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, entendida esta última como el derecho que tiene el justiciable de activar el órgano jurisdiccional a los fines de obtener un

pronunciamiento exhaustivo sobre sus pretensiones, expresión de la garantía de acceso a la justicia, y que es novedad de nuestro vigente texto constitucional al estipularlo como derecho autónomo en el artículo 26 constitucional.

Una actualización legislativa en ese sentido, la constituye la novísima atribución de competencia de los jueces u juezas de paz que otorga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012, que en su artículo 8.8 dispone que los jueces y juezas de paz son competentes para: *“Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud”*.

Se ha dicho en párrafos anteriores que el ejercicio de la acción de divorcio involucra además varios derechos fundamentales, el primero perteneciente a la categoría de los derechos referidos a la libertad del ser humano, *“que aseguran al individuo una vida exenta de coacción por parte de la autoridad o los particulares, tanto en el orden moral como material”* (ARELLANO SILVA, 1953), es el derecho consagrado en el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

Este derecho fundamental del ciudadano, consistente en el reconocimiento por parte del Estado de la dignidad del ser humano, persigue el respeto de la autonomía de la personalidad; de su individualidad; de la potestad de cada individuo de la especie humana de decidir en libertad y conforme a sus propias creencias, gustos y valores, garantizando así su autodeterminación frente al Estado mismo y frente a otros individuos, con la única limitación que es el respeto a las demás personas, y el orden público y social.

Ha dejado sentado esta Sala Constitucional respecto a este derecho fundamental cuanto sigue:

“El hecho es que el Derecho Constitucional moderno no acepta semejante independencia de valoración respecto de los límites de un derecho de libertad, ni mucho menos una intromisión tan irrestricta. Los derechos de libertad, como lo son el derecho al libre tránsito (dentro del territorio nacional) y al libre desarrollo de la personalidad, definen un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal, cuya interdicción sólo procede bajo causas específicas, pues decidir qué hacer y por añadidura a dónde ir son la manifestación más clara del rasgo ontológico del ser humano. Siendo ello así, la autorización judicial para separarse temporalmente de la residencia común, al limitar de forma directa qué hacer y a dónde dirigirse no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de las razones del o la solicitante, ni tampoco estar condicionada a la prueba de la entidad de esas razones. De hecho, la procedencia de la autorización no tiene por qué estar vinculada a condiciones ni a hechos comprobables; por el contrario, debe depender de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de separarse temporalmente de la residencia común, pues así es más acorde con las exigencias que el orden constitucional le impone a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito, los cuales, vale destacar, no quedan limitados por la existencia del matrimonio”. (Sentencia Núm. 1039/2009, caso: *Carminé Romaniello*).

En cuanto al consentimiento, base nuclear de todo vínculo jurídico, la expresión de voluntad del individuo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad; así lo estableció esta Sala, en la reciente sentencia Núm. 446/2014, cuanto sigue:

“...el artículo 75 de la Constitución de 1999 considera a la familia una asociación natural de la sociedad; pero así ella sea natural, toda asociación corresponde a una voluntad y a un consentimiento en formar la familia. Igualmente, considera que la familia (asociación fundamental) es el espacio para el desarrollo integral de la persona, lo que presupone -como parte de ese desarrollo integral- la preparación para que las personas ejerzan el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. Por su parte, el artículo 77 *eiusdem* establece la protección al matrimonio, entre un hombre y una mujer fundada en el **libre consentimiento** y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges, lo que se concatena con los lineamientos del referido artículo 75.

De allí que, el matrimonio solo puede ser entendido como institución que existe por el libre consentimiento de los cónyuges, como una expresión de su libre voluntad y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a contraerlo, pero igualmente -por interpretación lógica- nadie puede estar obligado a permanecer casado, derecho que tienen por igual ambos cónyuges. Este derecho surge cuando cesa por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos -como consecuencia de su libre consentimiento-la vida en común, entendida ésta como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 *eiusdem*). En efecto, esta última norma del mencionado Código prevé que el domicilio conyugal “será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecido, de mutuo acuerdo, su residencia”.

...ya que el consentimiento libre para mantenerlo es el fundamento del matrimonio, y cuando éste se modifica por cualquier causa y por parte de cualquiera de los cónyuges, surge lo que el vigente Código Civil Alemán en su artículo 1566, califica como el fracaso del matrimonio, lo cual se patentiza por el cese de la vida en común, uno de cuyos indicadores es el establecimiento de residencias separadas de hecho y que puede conducir al divorcio, como lo reconoce el citado artículo. La suspensión de la vida en común significa que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado, pero ello no basta *per se*, ya que el matrimonio, con motivo de su celebración mediante documento público (...).

Justamente, entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2º del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A *eiusdem*), la cual al igual que la separación de cuerpos decretada judicialmente, bien como resultado de un proceso a ese fin o bien por mutuo consentimiento, requiere de una declaración judicial que la reconozca como requisito previo al divorcio. Luego, para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento. Adicionalmente, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23-3), como la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17-3), establecen que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; derecho que también está contemplado en el artículo 16-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos, conforme al artículo 19 de la Constitución vigente, son de goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e interdependientes y regidos por el principio de progresividad y sin discriminación alguna.

Sobre este particular, la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 192 del 26 de julio de 2001 (caso: *Víctor José Hernández Oliveros contra Irma Yolanda Calimán Ramos*) declaró que “[e]l antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da al Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general”.

Por tanto, conforme a las citadas normas, a juicio de esta Sala, si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio. Así, debe ser interpretada en el sentido que -manifestada formalmente ante los tribunales en base a hechos que constituyen una reiterada y seria manifestación en el tiempo de disolver la unión matrimonial, como es la separación de hecho, contemplada como causal de divorcio en el artículo 185-A del Código Civil-, ante los hechos alegados, el juez que conoce de la solicitud, debe otorgar oportunidad para probarlos, ya que un cambio del consentimiento para que se mantenga el matrimonio, expresado libremente mediante hechos, debe tener como efecto la disolución del vínculo, si éste se pide mediante un procedimiento de divorcio. Resulta contrario al libre desenvolvimiento de la personalidad individual (artículo 20 constitucional), así como para el desarrollo integral de las personas (artículo 75 *eiusdem*), mantener un matrimonio desavenido, con las secuelas que ello deja tanto a los cónyuges como a las familias, lo que es contrario a la protección de la familia que debe el Estado (artículo 75 *ibídem*).

Por otra parte, el artículo 137 del Código Civil, que refiere la obligación de los cónyuges de cohabitar, establece:

(...)

Planteadas así la situación, no hay razón alguna, salvo una estrictamente formal, para sostener que en casos de que se invoque el abandono voluntario para solicitar el divorcio (artículo 185.2 del Código Civil) o que se pida la conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento decretada judicialmente (artículo 185 del Código Civil), se pruebe en el procedimiento de divorcio que el abandono existió, o que no hubo reconciliación (artículos 759 y 765 del Código de Procedimiento Civil), mientras que para el caso de que en base al artículo 185-A del Código Civil, se pida que se declare el divorcio por existir una separación de hecho permanente por más de cinco años, no se ventile judicialmente la existencia real de tal situación por el solo hecho de que uno de los cónyuges (el citado) no concurriera a la citación, o no reconociera el hecho, o el Ministerio Público simplemente se opusiere. Sostener esta última solución, a juicio de esta Sala Constitucional crea una discriminación ante una situación de naturaleza idéntica en los mencionados casos de suspensión de la vida en común, suspensión que denota que un presupuesto constitucional del matrimonio: el libre consentimiento para mantenerlo de al menos uno de los esposos, ha dejado de existir”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en el artículo 26: *“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*.

De donde de forma concatenada se sigue que negar la posibilidad a un individuo de acudir a los órganos jurisdiccionales para encontrar solución a un conflicto parece confiscar al Derecho su función de ordenador de la conducta humana y un medio de resolución de conflictos.

De tal modo que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un derecho subjetivo la posibilidad de defenderlo, en tanto y en cuanto posea un *interés* en hacerlo (artículo 16 del Código de Procedimiento Civil), con lo cual el ciudadano puede *acceder a los órganos de administración de justicia* para obtener una *sentencia que satisfaga su pretensión*.

Siendo el caso que de las normas citadas respecto del divorcio se desprende que se desconoce un derecho humano, se desconoce el interés y se conculca el derecho de acceso a la jurisdicción, como expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la acción para demandar la resolución del vínculo matrimonial está limitada y puede incluso resultar denegada en derecho. Ciertamente, cuando se determinan previamente y se encasillan como causales “únicas” para demandar el divorcio, aquellas previamente descritas por el Legislador, y

se niega al cónyuge exponer y sostener ante los órganos jurisdiccionales un motivo distinto a los enumerados por la ley para disolver el vínculo conyugal que voluntariamente creó se desconoce el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

Es oportuno en este sentido citar la abundante jurisprudencia de esta Sala Constitucional, a saber:

“El derecho constitucional de acción, además de que es uno solo, es general y abstracto, pues está dirigido a toda persona para la defensa de sus propios derechos e intereses, y se concreta mediante la infinidad de pretensiones que son establecidas legalmente, que se propongan para hacerlas valer ante la jurisdicción. Es por ello que Luis Loreto sostuvo que la cualidad *“expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción; y de identidad lógica entre la persona del demandado, concretamente considerada, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción”* (op.cit.).

Desde luego que quien afirme la titularidad de un derecho o interés jurídico deberá demostrarlo, durante el proceso (cuestión de mérito o fondo del asunto debatido), lo cual escapa al estudio de la legitimación a la causa (*ad causam*) que, en este instante, ocupa la atención de esta Sala, pues, como se observa, el texto constitucional se refiere a la tutela de los propios derechos e intereses. No obstante lo anterior, es importante la aclaración de que aún cuando la Constitución reconoce el derecho de acción o acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses propios, no es óbice para que el legislador ordinario, de forma excepcional, conceda legitimación a la causa a quien no sea titular del derecho subjetivo, para que lo haga valer jurisdiccionalmente en su propio interés.

Efectivamente, aun cuando el texto del artículo constitucional que fue transcrito, se insiste, recoge el derecho constitucional a la acción y, por ende, a la jurisdicción, para la defensa o tutela jurisdiccional de los derechos de quien peticiona dicha tutela, para lo cual con la sola afirmación de dicha titularidad (legitimación), excepcionalmente, la ley otorga legitimación *ad causam* para que se haga valer, en nombre e interés propio, un derecho ajeno, situación esta que en doctrina se denomina sustitución procesal (distinta de la sucesión de parte, en la que sí se sustituye al titular del derecho). Un claro ejemplo de esta legitimación anómala o extraordinaria la encontramos en la acción oblicua o subrogatoria (*ex* artículo 1.278 del C.C.), pero, debe insistirse en que, para esos casos de sustitución procesal, es necesaria una expresa habilitación legal (*ex* artículo 140 del Código de Procedimiento Civil). (*Vid* sentencia Núm. 1193, del 22 de julio de 2008, caso: *Rubén Carrillo Romero y otros*).

Asimismo, en cuanto a la tutela judicial efectiva, esta Sala Constitucional ha sostenido:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, **mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido**, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que **el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia** (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), **la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura**.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

En este orden de ideas, considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisibile una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el juez constitucional, tal como ya lo ha dicho esta Sala en numerosos fallos. (Sentencia Núm. 708/2001).

Por otra parte, en sentencia número 5043 del 15 de diciembre de 2005 (caso: *Alí Rivas y otros*), en la cual la Sala Constitucional se pronunció sobre la interrelación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad de los presupuestos procesales, se dispuso lo siguiente:

“Así pues, debe destacarse que el alcance del principio *pro actione*, debe entenderse como que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia’ (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.064/2000 del 19 de septiembre).

En aras de lo anterior, deben reflexionar nuestros órganos jurisdiccionales sobre las posturas o criterios mantenidos por esta Sala así como por órganos jurisdiccionales en el Derecho Comparado, en cuanto a la correcta ponderación a la que deben ser sometidos los requisitos de admisibilidad cuando estos de alguna manera pudieren constituir una vulneración a la tutela jurisdiccional, tutela ésta que debe brindar el Estado a través del acceso efectivo a la justicia.

Así, en el mismo sentido que lo ha realizado esta Sala, ha sido analizado por el Tribunal Constitucional Español cuando ha determinado que: ‘(...) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que una resolución de inadmisión o meramente procesal es un principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales’. (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, Tercera Edición, 2001, p. 37).

Es en respeto y consagración de este principio procesal *-pro actione-* que deben guiar su actividad los órganos jurisdiccionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a la justicia podría desembocar en una situación de anarquía recursiva de los actos de la Administración Pública, 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.

En este orden de ideas, se ha señalado que el derecho al debido proceso comprende el acceso a la justicia, el juzgamiento con las debidas garantías y la efectiva ejecución del fallo. Al respecto, se ha establecido lo siguiente:

‘Por otra parte, este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 2000 dictada por la Sala Político-Administrativa, ha precisado que el derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución de 1999) es un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado entre los que figuran el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias, entre otros que se vienen configurando en la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (sentencia N° 1.614 del 29-08-01).’

Ciertamente, esta Sala estima que es contrario al artículo 26 de la Constitución que se declare inadmisibile una demanda y se ordene el archivo del expediente cuando considere que no es el tribunal con competencia para su conocimiento, pues de ese modo, dicha decisión se estaría fundamentando en una interpretación literal del artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que no toma en cuenta los criterios de esta Sala que antes fueron expuestos en relación con el favorecimiento al derecho de acceso a la justicia, al derecho a la acción y, en definitiva, con la absoluta garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

En abundancia, esta Sala recuerda que es una máxima en Derecho Procesal que la competencia es requisito esencial para la resolución de fondo del asunto, no así para su tramitación, de manera que mal puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se enerve el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 97/2005 del 2 de marzo).

En tal sentido, en sentencia de esta Sala N° 97/2005, se dispuso la inseguridad jurídica y desigualdad procesal que crea la declaratoria de inadmisibilidad por carecer de competencia, y el consecuente deber de declinarse el conocimiento de la causa al Tribunal competente. Así, se dispuso lo siguiente:

‘Incluso, considera la Sala que la aplicación literal de la referida norma jurídica implicaría una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica. Desigualdad procesal e inseguridad jurídica porque, en el marco de un proceso judicial y ante un supuesto de hecho en concreto -la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la causa-, se producirían dos soluciones jurídicas distintas: la declaratoria de incompetencia y consecuente declinatoria, o bien la declaratoria de inadmisibilidad, según el proceso se rigiese por el Código de Procedimiento Civil (artículos 69 y 75 de dicho Código) o bien por la normativa de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 84, cardinal 2), ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 19, párrafo 6), lo que, en definitiva, arroja una dicotomía de soluciones jurídicas frente a un mismo supuesto fáctico que reflejan la necesaria incompatibilidad de alguna de ambas en relación con el derecho de acceso a la justicia y el principio *pro actione*, ante lo cual debe prevalecer, con fundamento en los precedentes de esta Sala que antes se citaron, la solución que otorga la norma procesal civil’.

En idéntico sentido, debe expresarse lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto a la consagración del principio *pro actione* y a sus consecuencias derivadas de su aplicación, ‘(...) el principio de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa ha de intentar buscar allí donde exista indeterminación en las reglas de acceso al fondo la solución menos rigorista, de forma que no se agraven las cargas y gravámenes en la materia, antes bien, se reduzcan y suavicen para que pueda ejercitarse ese derecho sustancial y básico, natural, como lo han definido las instancias morales más autorizadas de la tierra, que es someter al juez la discrepancia con la Administración’. (*Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ‘El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos’, en *Revista de Administración Pública* N° 42, p. 275 y ss.)”.

También esta misma Sala Constitucional, en sentencia N° 1049 del 23 de Julio de 2009, ha sostenido en atención al desarrollo de los derechos humanos del ciudadano en el Estado Social, que lejos de dejar de lado o socavar los derechos llamados individuales, los respeta, los promueve y garantiza, tanto individual como colectivamente, haciéndolos accesibles a todos, lo siguiente:

“...los derechos fundamentales en general, tanto los clásicos derechos defendidos por el pensamiento liberal, como los nuevos derechos, son todos *derechos sociales* en la medida en que a los poderes públicos le viene impuesto el deber de hacerlos reales y efectivos. El derecho a la libertad de prensa, al pluralismo político o la libertad ideológica, por poner algunos ejemplos, se han visto enriquecidos como consecuencia de esta visión social de los clásicos derechos fundamentales; muestra de ello han sido las medidas que en Alemania y en Italia se han

tomado desde el punto de vista financiero para sostener periódicos cuyos ingresos no eran suficientes para su sostenimiento, pero que sin embargo suponían un vehículo fundamental de expresión de grupos ideológicos minoritarios.

Respecto a este tema, Pérez Luño llama la atención acerca de que *“un importante sector de la doctrina alemana ha llegado... a afirmar que en la compleja sociedad actual los derechos del individuo tan sólo pueden tener justificación como derechos sociales”*; ello como resultado de *“una superación de la imagen de unos derechos del individuo solitario que decide de forma insolidaria su destino”*. Esa caracterización de todos los derechos como derechos sociales, surgiría de *“afirmar la dimensión social de la persona humana, dotada de valores autónomos pero ligada inescindiblemente por numerosos vínculos y apremios a la comunidad en la que desarrolla su existencia”* (Cfr.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 88).

En este mismo sentido, Arroyo afirma que *“desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en efecto, el Estado social de Derecho (implica) la transformación del contenido y del significado de las clásicas libertades burguesas, entre ellas la económica”*. Como resultado de esa transformación, *“las relaciones entre la libertad de empresa y el principio de Estado de Derecho se enriquecen y se hacen más complejas”*, pues, *“la obligación de tener en cuenta y maximizar la dimensión material de la libertad justifica y exige la actuación estatal dirigida a promocionar el ejercicio real de la libertad de empresa y, por tanto, la participación de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran en la vida económica”*. (Cfr.: *Op. cit.*, pp. 84 y 85).

Por tanto, la posición que mantiene a los derechos fundamentales como instrumentos normativos absolutos, inalienables o meramente defensivos, pasa por alto el examen que desde mediados del siglo XIX, sino antes, tanto desde sectores calificados o autoproclamados como socialistas, como desde corrientes autodenominadas liberales, se viene haciendo de los resultados de tal concepción. Resultados que, al tiempo que mostraban un aumento en la producción y un innegable avance en lo técnico y en lo científico, provocaron, como se advirtió anteriormente, desequilibrios en lo económico, en lo social y en lo político, que desdijeron de las predicciones según las cuales el libre juego económico, la libertad de contratación y las garantías a la propiedad privada producirían de manera natural y espontánea bienestar y prosperidad para todos.

Por ello se insiste en que la posición según la cual sólo como consecuencia de una grave afectación al bien común o al interés general se justifica la intervención estatal, desconoce el fracaso de las tesis liberales según las cuales los derechos fundamentales son un patrimonio de todos los seres humanos, y en tal sentido, todos poseen desde su nacimiento los mismos derechos, con lo cual, para alcanzar la satisfacción justa y equilibrada de sus necesidades, basta con que hagan uso eficiente de su talento y esfuerzos. Según esta postura, el hecho de que unos tengan propiedades y otros no, sería *“consecuencia de las naturales desigualdades de los seres humanos, desigualdades que se dan en una sociedad moderna que ha abolido los privilegios y que, mediante el derecho, ha proclamado a todos los hombres iguales ante la ley. La propiedad privada, por tanto, es justa y legítima... aunque sea minoritaria.”* (Cfr.: Miquel Caminal [ed.], *Op. cit.*, p. 93).

Esta es la tesis de los derechos individuales innatos y abstractos, desvinculados de la realidad y ajenos a cualquier examen empírico. Dicha tesis se mostró, como bien lo ha dicho la doctrina autorizada y como lo muestran estudios históricos y sociológicos serios, plenamente desmentida.

Por el contrario, para alcanzar su pleno desarrollo los seres humanos no les basta una declaración de derechos que afirme su igualdad. En realidad, ni en la era liberal ni en las reediciones que se han intentado de la misma, incluso en tiempos recientes, no todos han gozado de los mismos beneficios, ni han disfrutado de las mismas oportunidades, ni han partido de las mismas posiciones.

A objeto de ejemplificar de lo que se está hablando, la Sala citará una reflexión crítica a este tipo de “darwinismo social” hecha por el intelectual Raymond Aron.

En una primera aproximación al tema de la llamada igualdad en el punto de partida, Aron supone que “*es muy probable que la proporción de los niños intelectualmente bien dotados sea la misma en el estrato de los obreros que en el de la clase media*”. Sin embargo, “*la proporción puede llegar a parecer distinta cuando se hace la selección para la escuela, ya que el medio familiar afecta el desarrollo de las aptitudes*”. Se entiende que la expresión medio familiar que utiliza Aron alude a los bienes materiales y culturales de que disponen (o de los que no disponen) los grupos familiares. Ante esta disparidad en el acceso a la escuela, Aron afirma que “*para obtener una igualdad inicial se requerirá una cuasi igualdad de condiciones de vida en los diferentes estratos*”. Es decir, “*sin una asistencia especial, muchos niños de los estratos más bajos no lograrán superar las desventajas que resultan de la disparidad entre la cultura de la familia y la de los círculos universitarios a los que tratan de sumarse*” (Cfr.: *Progreso y desilusión - La dialéctica de la sociedad moderna*, p. 46 y 47).

En virtud de tales consideraciones, la Sala estima que los derechos fundamentales clásicos, debidamente transformados y adaptados por la cláusula de Estado social, no suponen una prohibición *a priori* del deber del Estado de regular la actividad económica en general, y la empresarial y comercial en particular.

Siendo así, no es correcto, ni jurídica ni históricamente, afirmar la tesis de la restricción de los derechos fundamentales fundada en una pretendida naturaleza abstracta, formal y defensiva de los mismos.

Por otra parte, dicha tesis, en tanto tributaria de la doctrina liberal del carácter cuasi-absoluto, abstracto y negativo de los derechos fundamentales, ha sido sustituida por la de la *delimitación* de los mismos. Ello supuso un cambio en la técnica con que se suponía debían resolverse los “conflictos” entre tales derechos. Bajo esta nueva visión, tales “conflictos” han perdido su dramatismo. Los derechos fundamentales como normas que son no entran propiamente en “conflicto”; por el contrario, en su mayoría no son más que mandatos de optimización, es decir, no ordenan que se cumpla o haga algo de modo pleno o irrestricto. Siendo así, la “guerra entre los derechos” no es tal, y toca a los poderes públicos resolver la cuestión que deseen regular o solucionar en un sentido cónsono con los objetivos que se les han impuesto, para lo cual deberán tener en cuenta la situación concreta y los referidos mandatos. A tal fin deberán examinarlos y combinarlos en la medida en que la situación y los fines constitucionalmente establecidos lo señalen.

A la luz de las consideraciones hechas anteriormente, de acuerdo con las cuales los poderes públicos, en virtud de la cláusula de Estado social, tienen el deber de proteger, promover y garantizar positiva y proactivamente el ejercicio equitativo y justo de los derechos fundamentales, incluso de los llamados derechos de libertad clásicos, la regulación que el legislador dicte en este sentido debe presumirse producto de una combinación de los mandatos que éstos contienen en pro de lograr dichos objetivos. Es decir, “*si los principios son normas que se ponderan, las reglas -por ejemplo, la Ley que somete el inicio de una determinada actividad económica a la práctica de una comunicación- deben entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada*” por el legislador. (Cfr.: Luis Arroyo Jiménez, *Op. cit.*, p. 38). ”.

Es oportuno observar, cómo el Derecho Comparado ha venido actuando a través de la jurisprudencia y la legislación de cada país para abandonar los sistemas de divorcio con causales, donde se definen éstas “*como conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal, la causal es todo acto u omisión doloso o culposo imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto conyugal*”, transitando, cada nación, por las distintas formas de divorcio analizadas por los doctrinarios especialistas en el tema, a saber, “divorcio sanción”, “divorcio solución o remedio”, “divorcio incausado”, Cantuarias Fernando, “El divorcio: ¿Sanción o Remedio?” 1991; Mizrahi, Mauricio: “Familia, matrimonio y Divorcio”. Buenos Aires 2001; Fernández Francisco “El sistema constitucional Español Madrid, 1992; ó Fernández Marisol

“La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales...” Lima 2003, entre otros,- para honrar los requerimientos de la sociedad y en obsequio al reconocimiento a los derechos constitucionales de los ciudadanos, simplificando los procedimientos de divorcio, haciendo cada vez más accesible y menos compleja la disolución del matrimonio.

En este sentido, obsérvese los siguientes ordenamientos reguladores del divorcio:

Australia

El divorcio en Australia está regulada en el *Family Law Act de 1975*. Australia fue uno de los primeros países en el mundo en implementar el llamado *non-fault divorce*, que consiste en el divorcio *incausado*, es decir, aquel que no requiere para su declaratoria, la ocurrencia y acreditación de algunas de las causales taxativas contemplados en Códigos y leyes de corte clásico.

El artículo 55 en la sección IV del *Act* establece que la Corte podrá declarar el divorcio cuando sea solicitada por alguno de los cónyuges y resulte convencido de la irremediable ruptura de la relación conyugal, que se evidencia en cesación en la cohabitación por un lapso de 12 meses.

Sin embargo, el divorcio no puede declararse si, fruto de la relación, hay niños, niñas o adolescentes, si no se ha establecido un acuerdo previo acerca del cuidado que les corresponde, según lo establecido en otra sección de la misma ley; acuerdo que debe ser acreditado y homologado por el Juez antes de declarar el divorcio (artículo 55^a)

La falta o el llamado “fault” en inglés, recobra relevancia en la procedencia o no de ciertas compensaciones pecuniarias.

El procedimiento de divorcio decae si se prueba algún elemento que lleve al Juez a la creencia de que hubo reconciliación durante el período exigido.

El procedimiento es el delineado como procedimiento general en el mismo texto del *Family Law Act 1975*.

Debido al requerimiento de índole temporal (un año sin cohabitación), aunque es ampliamente conocida la velocidad con la que son tramitadas las solicitudes de divorcio en Australia, y a pesar de que ha sido calificado por algunos sectores como un caso de *divorcio exprés*, consideramos que no encuadra en tal categoría.

Sin embargo, resulta interesante y útil a nuestros propósitos, la idea de un divorcio incausado, que corresponde a la categoría ideológica del “divorcio remedio”, que no requiere consentimiento de ambos cónyuges y que tiende a ser aplicable sólo a los casos en los que no hay niños, niñas y adolescentes procreados en la relación o de alguna otra forma incorporados al núcleo familia, o en los casos en los que habiéndolos se realiza un acuerdo de convivencia familiar y obligación de alimentos que resulte adecuado a criterio del juzgador.

España

El divorcio en España se modificó con la Ley 15/2005, la cual transformó el divorcio establecido en el Código Civil Español, incorporando el régimen de divorcio incausado, es decir, aquel que no requiere para su declaratoria, acreditar causal.

La modificación realizada en el Código Civil Español, se incorporó en el artículo 86 del mismo, que otrora disponía las causales de divorcio y que el texto vigente expresa: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando

concurran los requisitos y circunstancias exigidas en el artículo 81”. Disponiendo el artículo 81: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. 1° A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2° A petición de uno solo de los cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. (...)”.

En consecuencia, de la lectura de los referidos artículos se desprende que no se trata de causales, y que los requisitos o circunstancias a que se refiere son: i) La petición de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o petición unilateral; ii) que con la demanda debe acompañar un convenio regulador; y iii) haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Siendo entonces, que sería la mera voluntad de uno o de ambos cónyuges, junto a unos requisitos temporales y procesales, la que hará que el vínculo matrimonial quede disuelto, ciertamente esa voluntad de ambos o de uno de los conyugues tendrá sus motivos o causas, pero éstas no se exige jurídicamente alegarlas al tribunal para decretar el divorcio, “*los motivos o causas quedarán en la esfera íntima de esa familia y no será ventilada ante los tribunales. Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: ‘Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales’ (Curso de Derecho comparado de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú .<http://justicia-cultura.blogspot.com/2011/07/el-divorcio-en-el-peru-y-espana.html>).*

Se hace resaltante a nuestros propósitos, referir que antes de la modificación generada por la Ley 15/2005, España incorporaba la tesis del divorcio remedio, en ese período se desarrolló una fuerte corriente jurisprudencial que incorporó como supuesto de separación la desaparición de la *affectio maritalis*, estableciendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora del 27 de Marzo de 2003, lo siguiente:

“(…) se ha venido desarrollando doctrinalmente la (teoría) del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la ‘DESAFECCTIO’ y del principio que no pueden imponerse convivencia no deseadas, por ello, AÚN CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE OPONGA A LA SEPARACIÓN, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiendo que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, la pérdida de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte al matrimonio en un infierno (...)”.

O la Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de noviembre de 2004, en la que se expresó:

“la doctrina científica y de nuestros Tribunales se ha cuidado de interpretar flexiblemente propugnando una interpretación extensiva, fruto de la cual es la consideración, hoy inconcusa, de la desaparición de la *affectio maritalis* y la pérdida del deseo o voluntad de vida en común como causa de separación (...) que no se exige encontrar a un cónyuge culpable de la crisis familiar, debiendo entenderse a la ausencia de la ‘*effectio maritalis*’ como dato esencial en la valoración de las situaciones descritas (...)”.

En consecuencia, se aprecia de los referidos fallos, que fue la jurisprudencia de los Tribunales Españoles, la que con el fin de dar solución a las crisis matrimoniales fue generando la reforma que se plasmó en la Ley 15/2005.

Perú

En Perú, mediante la Ley número 27495 del 7 de julio de 2001, se incluyeron dos causas en el régimen de disolución del matrimonio, con las cuales asumieron la incorporación de la doctrina del divorcio remedio o divorcio quiebra.

Así, en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil del Perú se contempla la imposibilidad de hacer vida en común, y en el inciso 12 del mismo artículo establece la causal objetiva de separación de hecho.

La inclusión de la causal de la imposibilidad de hacer vida en común, en la Ley 27495 del 7 de julio de 2001, en el sistema legislativo del Perú para disolver el matrimonio, afirman sus juristas corresponde a la del divorcio remedio considerándola como una subespecie, denominada divorcio quiebra, sobre la que se ha pronunciado el autor Enrique Varsi, indicando *“El desquicio matrimonial se da en aquellas situaciones en las cuales los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación matrimonial; es decir, no existe armonía conyugal (...) ya no hay entendimiento, ni una relación fluida; es absolutamente falta de correspondencia”*.

Asimismo, a través de la Ley 29227 se introdujo en el Perú el divorcio notarial y municipal, en el cual tanto los alcaldes como notarios tienen competencia para declarar la separación convencional.

Colombia

En Colombia, con la entrada en vigencia de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, se creó la figura del llamado divorcio notarial, que constituye un supuesto de “divorcio exprés”. Se encuentra previsto específicamente en el artículo 34 *ejusdem* y ha sido objeto de desarrollo mediante el Reglamento 4436 de 2005, publicado el 28 de noviembre de 2005. Es de mutuo acuerdo, puede ser realizado por el notario que elijan los cónyuges y se formaliza mediante escritura pública.

El artículo 34 de la Ley 962 establece:

Artículo 34.-

Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley.

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

Parágrafo. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.

Requisitos:

- 1) Petición de divorcio de mutuo acuerdo. La misma deberá contener:
 - a) Nombres, apellidos, documentos de identidad y residencia de los cónyuges.
 - b) Acuerdo entre los cónyuges expresando su deseo de que cesen los efectos civiles del matrimonio celebrado. Obligación alimentaria entre los cónyuges si fuese el caso, información acerca del estado de la comunidad conyugal e información sobre los hijos si los hubiera.

c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también debe comprender los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

d) Los siguientes anexos:

- d.1 Copia del registro civil del matrimonio y copia de las actas de nacimiento de los hijos si los hubiera.
- d.2 Poder de los cónyuges a un abogado para que adelante los trámites.
- d.3 Opinión favorable de Defensor de Familia en caso de haber hijos menores, sin perjuicio de la notificación establecida en la ley.

- 2) Introducción de la solicitud y otorgamiento del acta en presencia de un notario.
- 3) Por intermedio de abogado.
- 4) En caso de existir hijos menores, notificación al Defensor de Familia e incorporación obligatoria al acuerdo de las observaciones hechas por éste en su dictamen o concepto, so pena de decaimiento del procedimiento.

Procedimiento

- 1) Debe presentarse ante el notario, por intermedio de abogado, el acuerdo de los cónyuges en el que solicitan la cesación de los efectos civiles del matrimonio, además de los anexos referidos.
- 2) En caso de haber hijos menores de edad, se debe notificar al Defensor de Familia del lugar de residencia de los mismos. El Defensor de Familia correspondiente debe emitir su dictamen en un lapso no mayor de 15 días. Si en ese lapso el Defensor no ha allegado a su concepto, el Notario debe dejar constancia de tal circunstancia, autorizar la Escritura del divorcio y enviar al Defensor una copia de ésta, a costa de los solicitantes. Las observaciones del Defensor deben incorporarse al acuerdo si son aceptadas por los cónyuges. En caso de no aceptar, debe entenderse que se ha desistido del procedimiento.
- 3) Una vez cumplidos todos los requisitos, el notario protocolizará el acuerdo, el poder y todos los anexos, autorizará la Escritura y oficiará a la Autoridad del Registro Civil para que haga la anotación correspondiente.
- 4) Se entiende desistido el procedimiento, si luego de la recepción de la solicitud, transcurren 2 meses o más sin la concurrencia de los cónyuges para el otorgamiento del divorcio.

Argentina

Los datos recolectados se encuentran en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, aún en proceso de discusión, Proyecto elaborado por la Comisión presidida encabezado por el doctor Ricardo Lorenzetti. Respecto del divorcio tiene tres puntos de innovación:

- 1) El divorcio será “incausado”, es decir, para su decreto no requerirá la verificación de ninguna causal. La voluntad de los cónyuges es condición necesaria y suficiente del divorcio.
- 2) Basta con la voluntad de uno solo de los cónyuges para decretar el divorcio.
- 3) No se requiere para el decreto de divorcio ningún tiempo de reflexión.

Requisitos: (art. 438 y siguientes)

- 1) Solicitud de divorcio de al menos uno de los cónyuges.
- 2) Propuesta que regule los efectos del divorcio. Si la solicitud viene de uno de los cónyuges, el otro puede hacer una propuesta distinta. Todas las propuestas de regulación deben contener sus fundamentos. En cualquier caso, el juez puede ordenar, de oficio o a petición de parte, que se incorporen otros elementos que se estimen pertinentes.
- 3) El juez debe evaluar las propuestas, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso, el desacuerdo sobre el convenio puede suspender el decreto de divorcio.
- 4) Si el convenio afecta los intereses de algún miembro de la familia o si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, el Juez debe resolver lo conducente a través del procedimiento previsto en la ley local.

3) El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar, la distribución de los bienes, eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges (prevista para los casos en los que el divorcio provoque a alguno de los cónyuges un desequilibrio económico importante), régimen de responsabilidad parental, con especial atención a la obligación alimentaria, entre otras.

Procedimiento

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no deslinda ningún procedimiento en específico, hace apenas referencia al procedimiento local para encauzar eventuales pretensiones, en caso de no alcanzar acuerdo entre los cónyuges respecto de la propuesta que regula los efectos del divorcio. Sin embargo, es esclarecedora la mención que hace al referir que en ningún caso, el desacuerdo en los efectos del divorcio suspende su declaratoria. Por lo que presumimos que si la solicitud de divorcio es conjunta y no hay objeciones respecto del acuerdo regulador de sus efectos (por afectar negativamente a uno de los cónyuges o algún otro miembro de la familia), la declaratoria debe ser inmediata.

En caso de diversas propuestas de convenio de efectos reguladores del divorcio, el Juez debe convocar una audiencia para evaluarlas, luego de la cual debe declarar el divorcio, independientemente de si se alcanza en ese momento acuerdo o no. Una eventual controversia a este respecto, debe discutirse en procedimiento autónomo sin retrasar la declaratoria del divorcio.

Méjico

Trasfondo ideológico: la idea del divorcio-remedio. Aparición de los supuestos “incausados”, en los que basta la nuda manifestación de uno de los cónyuges de poner fin al vínculo conyugal para declarar el divorcio. Génesis histórica en los sistemas políticos comunistas a inicios del siglo XX, por pérdida de influencia de la religión en la regulación del régimen familiar y su consecuencial secularización. El Divorcio Administrativo de mutuo consentimiento (artículo 272 del Código Civil):

Requisitos:

- 1) Un año o más de la celebración del matrimonio.
- 2) Mutuo consentimiento de los cónyuges.
- 3) Los solicitantes deben ser mayores de edad.
- 4) Deben haber liquidado previamente la comunidad conyugal.
- 5) Prueba de que a mujer no está embarazada.

- 6) Sin hijos o, aún teniéndolos, mayores de edad sin necesidad de alimentos ni de algunos de los cónyuges.

Procedimiento:

Se introduce la solicitud ante el Juez del Registro Civil (figura análoga al del Registrador en Venezuela quien levantará acta de la misma, luego de identificados los cónyuges. Deberá citarlos 15 días después para que ratifiquen su resolución de divorciarse. En caso de ser ratificada la voluntad de divorciarse, el Juez los declarará divorciados y hará la respectiva anotación.

Segundo supuesto: convenio posterior a la demanda unilateral de divorcio. (Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal)

Requisitos:

1) Que un cónyuge provea la solicitud de divorcio unilateralmente presentado con su solicitud:

a) Designación de la persona que tendrá la guardia y custodia de los hijos menores e incapaces.

b) Condiciones en las cuales el progenitor que no ejerce la guardia y custodia ejercerá el derecho de visitas, sin irrumpir el tiempo de comida, sueño y estudios.

c) Modo en el que será satisfecha la obligación de alimentos.

d) Designación del cónyuge que disfrutará del domicilio conyugal.

e) Régimen de administración de los bienes mientras se sustancia el procedimiento así como proyecto de liquidación y partición de la comunidad conyugal si la hubiera, así como de capitulaciones matrimoniales de ser el caso.

f) En caso de que el matrimonio se hubiere celebrado bajo el régimen de separación de bienes, proyecto de compensación al cónyuge que hubiere permanecido realizando las labores del hogar y al cuidado de los hijos y que no haya podido adquirir patrimonio proporcional al del otro cónyuge (que no puede ser mayor al 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio).

2) Convenio posterior con el cónyuge no solicitante respecto de las propuestas señaladas anteriormente, que no contravenga ninguna disposición legal.

Procedimiento

Cumplidos los requisitos anteriormente señalados, el juez aprobará dicho convenio y declarará de plano el divorcio mediante sentencia. De no lograrse el acuerdo exigido, el juez dictará sentencia declarando el divorcio, salvaguardando el derecho de las partes de impugnar alguno o todos los puntos del convenio por vía incidental.

En Venezuela, la Sala Constitucional aprecia que resultan convalidables en derecho los esfuerzos realizados por la Sala de Casación Social de este Supremo Tribunal que, en la sentencia ya citada Núm. 446/2005, en un intento de adecuar las pretensiones de las partes, dejó establecido en un juicio de divorcio, cuanto sigue:

“Para decidir, la Sala observa:

La primera de las pruebas que se señala omitida, carece de relación con la controversia principal, que versa sobre la continuación o disolución del matrimonio, pues la demandada no reconvino en divorcio.

El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general.

Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley.

La existencia de previas o contemporáneas injurias en las cuales pueda haber incurrido el cónyuge demandante, darían derecho a la demandada a reconvenir en la pretensión de divorcio, pero de manera alguna pueden desvirtuar la calificación de injuriosa dada por el Juez a las expresiones y actos de la demandada; por el contrario, hacen más evidente la necesidad de declarar la disolución del vínculo conyugal.

Los motivos de la conducta del cónyuge demandado, por las razones antes indicadas, no pueden desvirtuar la procedencia del divorcio; por consiguiente, las evidencias a las cuales se refiere la denuncia no son capaces de influir en lo decidido y la omisión parcial del examen de las pruebas no impidió a la sentencia alcanzar su fin.

Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial.

Asimismo, en sentencia Núm 107/2009 (caso: *César Allan Nava Ortega vs. Carol Soraya Sánchez Vivas*) esa misma Sala de Casación Social dejó sentado:

La doctrina patria distingue dos corrientes en relación al fundamento jurídico del divorcio, a saber: i) el divorcio sanción, en el cual el cónyuge inocente pide que se castigue -mediante la declaratoria de la disolución del matrimonio- al cónyuge culpable, en virtud de haber transgredido en forma grave, intencional e injustificada sus deberes matrimoniales; y ii) el divorcio remedio, que lo concibe como una solución al problema de la subsistencia del matrimonio, cuando éste -de hecho- ha devenido intolerable, independientemente de que pueda atribuirse tal situación a uno de los cónyuges, de modo que no hay un culpable y un inocente (Vid. Francisco López Herrera: *Derecho de Familia*, Tomo II, 2ª edición. Banco Exterior - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 180-181; Isabel Grisanti Aveledo de Luigi: *Lecciones de Derecho de Familia*, 11ª edición. Vadell Hermanos Edit., Caracas, 2002, pp. 283-284).

La tesis del divorcio solución fue acogida por esta Sala en decisión N° 192 del 26 de julio de 2001 (caso: *Víctor José Hernández Oliveros contra Irma Yolanda Calimán Ramos*), al sostener que:

El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general.

Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley.

La existencia de previas o contemporáneas injurias en las cuales pueda haber incurrido el cónyuge demandante, darían derecho a la demandada a reconvenir en la pretensión de divorcio, pero de manera alguna pueden desvirtuar la calificación de injuriosa dada por el Juez a las expresiones y actos de la demandada; por el contrario, hacen más evidente la necesidad de declarar la disolución del vínculo conyugal.

Los motivos de la conducta del cónyuge demandado, por las razones antes indicadas, no pueden desvirtuar la procedencia del divorcio (...).

Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial.

No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio.

Nótese que la Sala dejó sentado que la corriente del divorcio remedio incide en la interpretación de todas las causales de divorcio -y no sólo la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común-, pese a que la doctrina señala algunas causales como inspiradas en la idea del divorcio sanción, en especial las previstas en los ordinales 1° al 6° del artículo 185 del Código Civil (*Vid. López Herrera, op. cit.*, p. 181; Grisanti, *op. cit.*, p. 284). En consecuencia, aunque la falta del cónyuge demandado no configure una transgresión injustificada a sus deberes conyugales -al estar motivada por una falta previa o simultánea del cónyuge demandante, que puede fundamentar una reconvencción en su contra-, igualmente procederá el divorcio, pero no como un castigo a un cónyuge culpable, pues el demandado no merece ser castigado.

Ahora bien, es indispensable aclarar que en todo caso, y con independencia de la posición doctrinaria que se asuma, debe estar demostrada la causal de divorcio que haya sido alegada, como condición *sine qua non* de la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial, tal y como se dejó sentado en la citada sentencia N° 102/2001, al afirmarse que “(...) *el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial (Resaltado añadido)*”.

En el marco del interés del Estado por la protección de la familia, frente a la perpetuidad del matrimonio destaca la excepcionalidad del divorcio, el cual sólo opera por las causales taxativamente enumeradas por la ley. En consecuencia, no es suficiente la voluntad de los cónyuges, o de uno de ellos, para lograr la disolución del vínculo matrimonial, sino que es necesaria la preexistencia de hechos o actos específicamente determinados por la ley, y que constituyen las causales de divorcio; así, el juez únicamente podrá declarar el divorcio cuando haya sido invocada y demostrada la ocurrencia de alguna o algunas de las causales previstas en el Código Civil -incluyendo el transcurso de un año una vez declarada judicialmente la separación de cuerpos y la prolongada ruptura de la vida en común, contempladas en el primer aparte del artículo 185, y en el artículo 185-A del referido Código-.

En este orden de ideas, la doctrina del divorcio solución no constituye una nueva causal de disolución del vínculo conyugal que modifique el elenco contenido en la ley, sino tan solo una concepción o explicación del divorcio como causa excepcional de extinción del matrimonio.

En el presente caso, conteste con lo expuesto *supra*, visto que el juzgador de la recurrida declaró el divorcio, de oficio, por una situación que no formaba parte del *thema decidendum*, se constata que no decidió conforme a la pretensión deducida y a las defensas opuestas, como debió hacerlo en aplicación del artículo 243, ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual incurrió en el vicio de incongruencia positiva.

En consecuencia, la Sala casa de oficio la sentencia recurrida, al no cumplir con el principio dispositivo, que implica el deber del Juez de atenerse a lo alegado y probado en autos; por tanto, anula el fallo impugnado y repone la causa al estado en que el Juzgado Superior que resulte competente resuelva nuevamente el recurso de apelación intentado, juzgando *ex novo* acerca de la procedencia o no de las causales de divorcio invocadas, pero sin incurrir en el vicio evidenciado. Así se decide.

Es indiscutible para esta Sala Constitucional que quien se une en matrimonio aspira y se compromete a las obligaciones que de tal institución derivan, definidas en el encabezamiento del artículo 137 del Código Civil cuando establece: “*Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*”.

Asimismo, es indudable que el cónyuge, aun habiéndose comprometido moral y jurídicamente a esa relación, puede con posterioridad y debido a innumerables razones sobrevenidas estar interesado en poner fin al matrimonio. Ese interés debe traducirse en un interés jurídico procesal, de acudir a los órganos jurisdiccionales e incoar una demanda donde pueda obtener una sentencia que ponga fin al vínculo conyugal.

Desde luego que esa posibilidad no está negada y el ordenamiento jurídico ofrece como mecanismo la demanda de divorcio, empero cuando se limita éste de manera irrestricta a una tipificación que en la actualidad luce sumamente estrecha, nos encontramos frente a un vacío, que hace nugatorio el núcleo central del derecho por lo menos en lo que al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva se refiere, específicamente a obtener una sentencia judicial favorable que tutele la libertad del individuo de decidir un importante aspecto de su vida, a través del divorcio, frente a una regulación pre constitucional escasa, incapaz de satisfacer las expectativas creadas frente a las vicisitudes de la vida y las nuevas tendencias sociales.

De la tangibilidad de estos derechos debe concluirse que la previsión del artículo 185 del Código Civil, que establece una limitación al número de las causales para demandar el divorcio, deviene insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales ya comentados devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a obtener una tutela judicial efectiva. Es decir, que en la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva.

IV

Ahora bien, vista las anteriores consideraciones realizadas en torno a la institución del divorcio, analizada e interpretada, en aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 20 y 26, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que **las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento.**

Asimismo, es necesario considerar la atribución de competencia de los jueces u juezas de paz que otorga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.913 del 2 de mayo de 2012, para declarar el divorcio por mutuo consentimiento, al disponer en su artículo 8.8 que los jueces y juezas de paz son competentes para: *“Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud”*.

Ello así, en atención a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, **los cónyuges cuyos hijos sean menores de edad que de mutuo acuerdo deseen divorciarse**, acudirán ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en función de sustanciación y mediación del lugar donde hayan establecido su último domicilio conyugal y, previo acuerdo igualmente, expreso e inequívoco, de las instituciones familiares que les son inherentes, para solicitar y obtener, en jurisdicción voluntaria, una sentencia de divorcio. Así se declara.

En consecuencia, deberán los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes permitir con base en la doctrina contenida en el presente fallo tramitar conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria, previsto en los artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las solicitudes de divorcio de mutuo consentimiento que presenten ambos cónyuges, sin más exigencias que el acta de matrimonio y de nacimiento de los niños, niñas y adolescentes de que se trate, así como el acuerdo previo de los cónyuges acerca de las instituciones familiares, esto es, lo relativo a la responsabilidad de crianza del o los menores de edad que hubiesen procreado, la responsabilidad de crianza y custodia, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar, a efectos de que sean evaluados por el Juez de niños, niñas y adolescentes y determinar si son convenientes para los niños, niñas o adolescentes de que se trate y conferir la homologación, en caso de que no lo sea el Juez o Jueza ordenará su corrección. La homologación del acuerdo acerca de las instituciones familiares será requisito necesario para la declaratoria del divorcio.

Vista entonces la solicitud de revisión presentada a esta Sala y en virtud del análisis de la decisión impugnada y de los argumentos invocados por el solicitante, no se advierte que la decisión objeto de revisión haya incurrido en una interpretación grotesca o errada del Texto Fundamental, o de la doctrina de esta Sala; ni que la misma haya vulnerado el orden público constitucional o principios jurídicos fundamentales y menos aún que la decisión objeto de revisión haya violado derechos constitucionales del quejoso, toda vez que la Sala de Casación Social descendió a las actas del expediente y luego del estudio de las mismas, analizando el acervo probatorio, determinó que *“el sentenciador de la recurrida, lejos de declarar la disolución del vínculo matrimonial con base a una causal no alegada por las partes -tal como lo alegó el recurrente al fundamentar la denuncia del vicio de incongruencia positiva-, consideró que se había verificado la causal contemplada en el artículo 185, ordinal 2° del Código Civil, -abandono voluntario- razón por la cual declaró con lugar la demanda; al respecto es necesario aclarar que si bien el juez hizo alusión a la concepción del divorcio como un remedio o solución conteste con la jurisprudencia emanada de esta Sala de Casación Social, ello no implicó que se saliera del thema decidendum planteado por las partes, ni que sustentara el divorcio en una inexistente causal de divorcio”*.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala advierte que de los argumentos que sustentan el ejercicio de la presente solicitud de revisión constitucional sólo se evidencia la intención del solicitante de demostrar su discrepancia con el fallo que le fue adverso, lo cual no es

objeto de este mecanismo extraordinario de tutela constitucional, pues se requiere del planteamiento de unos supuestos específicos que aseguren, además, un ejercicio apropiado a la defensa real de los preceptos y principios constitucionales, ya que no cabe duda alguna que la revisión es una vía que establece el ordenamiento jurídico para volver al estudio de una sentencia que ha alcanzado su firmeza definitiva, al haber agotado todas las instancias ordinarias posibles, con el fin de preservar la interpretación de una norma constitucional, lo que es de vital importancia para el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, esta Sala aprecia que en el presente caso ambas partes plantearon como petición última el divorcio, es decir, uno de los cónyuges presentó una demanda de divorcio y el otro, una posterior reconvenición, que como es sabido, es la demanda que plantea el demandado contra el actor en la oportunidad de contestar la demanda, de tal manera que, era común a los litigantes la misma pretensión; tal similitud de peticiones y de objetivo de los cónyuges-litigantes, obligaron a la Sala a reflexionar acerca de la justificación que puede tener el sostenimiento de un juicio como el presente cuando las partes deseaban lo mismo, esto es, la disolución del vínculo matrimonial que los unía.

Por tanto, en consideración a la potestad extraordinaria, excepcional y discrecional de esta Sala Constitucional, con la finalidad de uniformar los criterios constitucionales para la garantía de la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales que conlleva a la seguridad jurídica, y en atención a los razonamientos expuestos, declara no ha lugar a la solicitud de revisión constitucional de la decisión dictada por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, el 20 de abril de 2012, interpuesta por el ciudadano Francisco Anthony Correa Rampersad. Así se declara.

Finalmente, visto los diversos pronunciamientos judiciales en la materia se exhorta al Poder Legislativo nacional a emprender una revisión de la regulación vigente a los fines de sistematizar los criterios jurisprudenciales dictados.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial*

A. *Régimen de los jueces: Ausencia de estabilidad de los jueces provisorios*

TSJ-SPA (494)

6-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Wiliem Asskoul Saab vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

No se requiere de un procedimiento previo para dejar sin efecto el nombramiento de jueces provisorios.

...Corresponde a la Sala decidir el recurso de nulidad incoado por el abogado Williem ASSKOUL SAAB contra el acto administrativo de fecha 17 de enero de 2013 dictado por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia que dejó sin efecto su designación como Juez Provisorio del Juzgado de los Municipios Brión y Eulalia Buróz de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda.

El actor adujo incompetencia, usurpación de funciones, violación a los derechos a la defensa y al debido proceso, prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, inmotivación, argumentos que serán analizados en ese orden.

1.- Incompetencia y usurpación de funciones:

Con relación a la incompetencia esta Sala ha precisado lo siguiente:

“(...)'Ahora bien, acerca del invocado vicio, esta Sala ha establecido lo siguiente:

‘...la competencia ha sido definida como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por la ley. De allí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal. Por tanto, determinar la incompetencia de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado sin que medie un poder jurídico previo que legitime su actuación; en este sentido, sólo de ser manifiesta la incompetencia, ella acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.’ (Vid., entre otras, Sentencia N° 1.133 del 4 de mayo de 2006).

Asimismo, respecto a los grados de incompetencia, esta Sala, en la sentencia N° 539 del 1° de junio de 2001 (caso Rafael Celestino Rangel Vargas contra Ministro de Relaciones Exteriores) expresó lo que sigue:

‘En cuanto al vicio de incompetencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido básicamente tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones.

La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa’. (...).

Adicionalmente, importa destacar que sólo la incompetencia manifiesta es causa de nulidad absoluta, única con efectos retroactivos, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, es manifiesta la incompetencia que es burda, grosera, ostensible y por tanto, equivalente a situaciones de gravedad en el actuar administrativo al expresar su voluntad, para que sea considerada como causal de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (...).” (sentencia N° 0186 del 12 de febrero de 2014) (Resaltado de la Sala).

En el presente caso el actor alegó que tanto para la imposición de sanciones disciplinarias (amonestación, suspensión y destitución) como para la remoción del cargo de Juez debe abrirse una averiguación ante la jurisdicción disciplinaria judicial creada por el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana desde el 2009, que el 16 de septiembre de 2011 se instaló el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial que constituyen la primera y segunda instancia del proceso para juzgar y sancionar las irregularidades cometidas por los jueces en el ejercicio de sus cargos, que a tenor de lo establecido en los artículos 2 y 39 *eiusdem* corresponde a los órganos de la jurisdicción disciplinaria el conocimiento, sustanciación y decisión de los procedimientos disciplinarios iniciados contra los jueces sea cual fuere su categoría, que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia carece de competencia para sancionar y remover a los jueces, pues ello corresponde a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, que la mencionada Comisión Judicial usurpó las funciones

que le corresponden al Tribunal y a la Corte Disciplinaria Judicial, por lo que su decisión debe ser anulada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Al respecto se observa que esta Sala ha analizado en oportunidades anteriores lo atinente a la competencia de la Comisión Judicial y ha establecido lo siguiente:

“(...) En definitiva y sin menoscabo de la indiscutible participación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano de rango constitucional con carácter auxiliar en la descrita Normativa, y modificada su estructura por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al mencionar que se trata de un órgano dependiente jerárquica y funcionalmente del Tribunal Supremo de Justicia; no cabe duda de la legitimidad de la Comisión Judicial para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Así cuenta la Comisión Judicial con la posibilidad de actuación en todo aquello que, sin ser atribución específica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, considere el Máximo Tribunal como una tarea directa que le compete y que pueda eventualmente ser desarrollada por el cuerpo que ha sido creado para actuar en su representación, entre las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el tema del ingreso y permanencia de los jueces provisorios o temporales dentro del Poder Judicial.

Ahora bien, a los fines de esclarecer los límites de la competencia de dicha Comisión, particularmente en lo que se refiere a la separación de un funcionario del Poder Judicial, es básico hacer la diferencia entre el retiro que se origina en una causa disciplinaria y cuando, por el contrario, tiene lugar mediante un acto de remoción, el cual es equivalente a dejar sin efecto su designación.

Es necesario precisar así que la función disciplinaria en toda su extensión, esto es, sobre jueces titulares que han alcanzado la garantía de estabilidad por haber mediado el concurso de oposición respectivo, y los jueces provisorios, ha sido dirigida en forma exclusiva por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como un órgano creado con carácter transitorio, hasta la creación de la jurisdicción disciplinaria.

*Distinto es el caso cuando está referido a la remoción directa de un funcionario de carácter provisorio o temporal, y **sin que opere alguna causa disciplinaria**, dado que tal atribución en la actualidad se encuentra a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por delegación expresa que hiciera la Sala Plena. Vale decir, que tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, **de forma provisorio o temporal**, como para dejar sin efecto su designación, cuando así sea acordado por la mayoría de sus miembros, y siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación de los órganos encargados especialmente de aplicar las sanciones.*

De este modo, y con base en los razonamientos señalados, advierte la Sala que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para actuar, dentro de los límites indicados, en el nombramiento y separación de los funcionarios designados con carácter provisional.

Una vez delimitada la competencia de la Comisión Judicial de este Alto Tribunal, observa la Sala:

(...) Caso contrario es cuando el funcionario goza de titularidad, pues tiene siempre el derecho a ser sometido al procedimiento administrativo correspondiente y no podía la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia decidir su remoción, ya que, se insiste, la garantía de estabilidad se la otorga el haber resultado vencedor en el concurso de oposición previsto al efecto.

(...) Así, esta Sala considera que al haber sido designada la actora sin que mediara concurso de oposición alguno, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que tiene en-

tre sus funciones la de los nombramientos de los Jueces Provisorios o Temporales, también tiene la facultad de dejar sin efecto sus nombramientos, sin la exigencia de someterlos a un procedimiento administrativo previo, ni la obligación de motivar o dar razones específicas y legales de su remoción. (Vid., entre otras, Sentencias de esta Sala N° 00015 del 14 enero de 2009, 00480 del 27 de mayo de 2010 y 00868 del 22 de septiembre de 2010). (...)” (Sentencia N° 1183 del 06 de agosto de 2014) (Resaltado del fallo).

En atención al criterio parcialmente transcrito la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia tiene entre sus funciones los nombramientos de los Jueces Provisorios o Temporales, y la de dejar sin efecto tales nombramientos, **y no tenía atribuida** la función disciplinaria la cual era competencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial **hasta tanto se constituyera el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial** (constituidos a través de los actos legislativos del 09 de junio de 2011, publicados en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.693 de fecha 10 de junio de 2011).

Asimismo por sentencia del 07/2013 [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 134 de 2013 en pp. 133 y ss.] la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

*“(...) 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 ínsita 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. (...)”** (Sentencia de la Sala Constitucional N° 516 del 07 de mayo de 2013) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).*

El fallo parcialmente citado, entre otras determinaciones, suspendió la aplicación del procedimiento disciplinario contemplado en el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios por no tratarse de jueces que han ingresado por concurso a la carrera judicial y estableció que la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional le corresponde a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Con fundamento en los dos fallos citados, esta Sala Político-Administrativa concluye que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia era competente para nombrar los Jueces Provisorios o Temporales y para dejar sin efecto tales nombramientos.

En el presente caso, se constata según los recaudos que cursan en autos (folios 5, 6, 7 del expediente judicial) y lo alegado por el actor en su recurso que este ocupaba el cargo de

Juez **Provisorio** del Juzgado de los Municipios Brión y Eulalia Buróz de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, por lo que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia sí era competente para dejar sin efecto su designación como en efecto lo hizo el 17 de enero de 2013, y que dicha decisión no correspondía a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial a la que le atañe lo relativo al ámbito disciplinario de los jueces titulares, es decir, de aquellos que ingresaron al Poder Judicial por concurso. Así se decide.

Con fundamento en las consideraciones expuestas se desestima la denuncia de incompetencia y usurpación de funciones alegadas. Así se decide.

IV. ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Derecho de Propiedad. Confiscación*

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones la Madrugada C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente INISTR (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda)

Resolución N° 009 del 22 de febrero de 2012:

En cuanto a este acto administrativo de efectos particulares, la accionante alegó que *“ejecuta la resolución administrativa general que le antecede”*, y que en consecuencia *“también es inconstitucional e ilegal, por constituir el desarrollo de un acto jurídico contrario a Derecho [la Resolución N° 020] (...) razón por la cual (...) se encuentra afectado de nulidad absoluta”*.

Esta denuncia ha de ser desestimada por la Sala por vía de consecuencia, en virtud de haber resultado improcedente la nulidad de la *“resolución administrativa que le antecede”*, es decir, la Resolución N° 020 del 20 de febrero de 2008. Así se determina.

La recurrente también adujo que el acto impugnado transgredió *“el principio de globalidad, exhaustividad o congruencia del acto administrativo (...) [al] no haberse analizado los hechos alegados como efectivamente ocurrieron y no haberle aplicado las disposiciones legales pertinentes”*.

Respecto al vicio denunciado, esta Sala (ver sentencia N° 0011 del 12 de enero de 2010) ha establecido que la Administración se encuentra obligada a tomar en cuenta y analizar todos los alegatos y defensas opuestas por las partes *-al inicio o en el transcurso del procedimiento-* al momento de dictar su decisión, en atención al principio de globalidad o exhaustividad administrativa previsto en los artículos 62 y 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 62. El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”.

“Artículo 89. El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados”.

En el caso de autos debe reiterarse que la denuncia de violación al principio de globalidad y exhaustividad de la decisión administrativa fue formulada por la representación de la accionante en forma genérica, ya que no se precisaron en el escrito recursivo cuáles fueron concretamente los argumentos supuestamente silenciados por la Administración. Por el con-

trario, en el escrito contentivo del recurso de nulidad, tan solo se hace referencia a que “no existi[ó] un análisis global de los hechos de cuya consideración debía partirse”, careciendo de esta manera de explicaciones, sin especificar en qué consistían los hechos que -según afirmó- no fueron analizados y las disposiciones legales que no fueron aplicadas.

No obstante lo anterior, en relación a que “no se analizaron los hechos alegados como efectivamente ocurrieron...” es necesario precisar que el Ministro del Poder Popular para el Ambiente, en el acto impugnado, se pronunció sobre todos los alegatos planteados por la accionante, a saber: violación de la irretroactividad de la ley, violación del derecho a la participación en los asuntos públicos, violación al principio de la reserva legal, violación del principio de publicidad de los actos generales y vicio de falso supuesto (de hecho y de derecho).

Por lo antes expuesto, debe este Máximo Tribunal desechar el alegato de violación al principio de globalidad y exhaustividad de la decisión administrativa, expuesto por la representación judicial de la accionante. Así se determina.

Por otra parte, la sociedad mercantil recurrente también alegó que la Administración, a través de la Resolución N° 009 del 22 de febrero de 2012 le “impide (...) disfrutar y disponer del inmueble llamado ‘Madrugada’ identificado con el N° 30 (...) lo que se traduce en una privación de la totalidad del uso, goce y disfrute del bien inmueble”, denunciando en consecuencia la violación del principio de no confiscación establecido en el artículo 116 del Texto Constitucional.

Al respecto, el artículo 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla el denominado principio de no confiscatoriedad, de la manera siguiente:

“Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

La transcripción que antecede pone de relieve la relatividad del derecho de propiedad, al establecer la posibilidad de que el Estado pueda sustraer coactivamente del patrimonio de una persona, sin indemnización alguna, la propiedad de determinados bienes en resguardo del interés general.

La afirmación que precede guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 115 del Texto Constitucional, en el que, aun cuando se garantiza el derecho de propiedad, sin embargo, también se prevé que “la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.

De manera que la propiedad no es un derecho absoluto, toda vez que está sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acordes con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general (ver, entre otras, sentencias de esta Sala números 00940 del 6 de agosto de 2008 y 01385 del 30 de septiembre de 2009).

En tal sentido, aprecia la Sala que aun cuando el derecho de propiedad no es absoluto y está sometido a ciertas restricciones, en el caso objeto de estudio no se produjo confiscación alguna por parte de la Administración, ya que el acto impugnado no sustrajo coactivamente del patrimonio de la recurrente, sin indemnización alguna, la propiedad del inmueble denominado “Madrugada”. Ergo, resulta improcedente esta denuncia. Así se determina.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Procedimiento Administrativo

A. Principio de Legalidad

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.).

De lo *ut supra* transcrito, se desprende que la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), informó al ciudadano Roberto Enrique Viloria Vera, que el documento presentado ante dicha Academia, como su trabajo de incorporación a la Junta de Individuos de Número del aludido ente académico, no cumplía con los requisitos de forma y fondo presuntamente para tales trabajos, que le fuera requerido mediante la comunicación s/n de fecha 31 de enero de 2011, razón por la cual, dicha Institución consideró que no procedía su incorporación a la referida Junta señalado que ello era de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Reglamento interno de la aludida Academia.

[*Omissis*]

En ese sentido, resulta importante señalar que del análisis efectuado a las normas legales y Reglamento interno correspondiente que rigen la materia, no fue posible constatar la existencia de parámetros adicionales que hubieren sido preestablecidos por las aludidas normas, a los fines de determinar los “parámetros científicos, académicos y morales”, que debió cumplir el trabajo de incorporación del demandante, alegados por el apoderado judicial de la parte demanda en la audiencia de juicio antes indicada. Aunado a ello, del examen efectuado a los autos se desprende que transcurrió el procedimiento legalmente establecido para la presente demanda, sin que dicha parte demandada, consignara elemento alguno del cual pudieran corroborarse las determinación de tales elementos de forma y contenido, presuntamente necesarios.

Ello así, resulta imperioso advertir, que analizados como han sido los preceptos legales y normativos antes indicados (las Disposiciones Legales y Reglamentarias que rigen la Academia Nacional de Ciencias Económicas y específicamente el Reglamento N° 2 de la Ley de la referida Academia), se observó que los mismos si bien desarrollan el procedimiento por el cual se registrará la incorporación a la Junta de Individuos de Número de la Academia recurrida, no establecen información alguna relacionada con los requisitos que presuntamente deben contener los trabajos de incorporación solicitados para el ingreso como miembro de la Junta de Individuos de Número del ente Académico, así como tampoco en el resto del articulado de la Ley de la referida Academia.

Siendo ello así, se evidencia de autos que la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), al momento de notificar al ciudadano Roberto Enrique Viloria Vera, parte demandante, su elección como integrante del Registro de Candidatos a Individuos de Número, invitándolo a “incorporarse al seno de la Academia (...) como Individuo de Número ocupando el sillón N° 4”, no le indicó los requisitos y parámetros que a juicio de dicha Academia, debía cumplir el trabajo de incorporación a ser presentado, elementos estos, que según se corroboró, no están establecidos en las normas legales, ni en los artículos del Reglamento interno precedentemente analizados, ni fueron consignados ante esta Instancia Jurisdiccional, en consecuencia, debe concluirse que la decisión administrativa cuya nulidad se demanda, efectivamente causó un estado de indefensión al demandante. Así se declara.

En virtud de lo anteriormente declarado, es necesario advertir que la omisión en las normas legales y sub-legales que rigen a la Academia Nacional de Ciencias Económicas (ANCE), referente al ingreso de los Individuo de Número a la referida Academia, así como también la omisión de señalarle a los candidatos los requisitos de forma y fondo que debe contener el trabajo de incorporación solicitado, deja al margen la discrecionalidad de los Miembros a evaluar dichos trabajos, por cuanto los mismo determinarían si parámetro alguno los ciudadanos que ingresaría o no al ente académico, lo cual puede traer como consecuencia la arbitrariedad de las acciones de los mismos. Así se declara.

[*Omissis*]

Aunado a ello, el demandante denunció que el referido ente Académico violó el principio de legalidad previsto en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que el trabajo de incorporación del recurrente no cumple con los requisitos de forma y fondo respectivos, cuando dichos requisitos no se encuentran establecidos en ninguna de las disposiciones legales.

En atención a lo cual, conforme a lo decidido precedentemente, en virtud de haber sido corroborado por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que el ente demandado se extralimitó al impedir la incorporación del demandante, por el incumplimiento de unos requisitos que no están estipulados en el ordenamiento jurídico que rigen el caso de autos (las Disposiciones Legales que rigen la Academia Nacional de Ciencias Económicas, ni en el Reglamento N° 2 de la Ley de la referida Academia), y se existente en cualquier otra normativa, no fueron informados oportunamente al demandante, debe concluirse que dicho acto constituyó una transgresión a sus derechos al debido proceso y a la defensa, así como al principio de legalidad de los actos administrativos, consagrados en la Carta Magna. Así se decide.

[*Omissis*]

En virtud de ello y vista la violación al derecho al debido proceso y a la defensa, así como al principio de legalidad, en la cual incurrió la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), al establecer que el trabajo de incorporación del recurrente no cumple con los requisitos de forma y fondo respectivos, cuando dichos requisitos no se encuentran establecidos en disposición alguna de las que rigen el referido ente Académico, ni fueron indicados al demandante, aunado al hecho que la consecuencia jurídica de la no incorporación del demandante como Individuo de Número en la Academia, antes identificada, en virtud del rechazo del trabajo de incorporación del mismo, no se encuentran legalmente establecida en el ordenamiento jurídico que rige el caso de autos, resulta imperioso para este Órgano Jurisdiccional declarar la NULIDAD del acto contenido en la comunicación S/N de fecha 14 de marzo de 2013, suscrito por el Presidente y Secretario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.). Así se decide.

B. *Garantía del debido proceso*

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.)

Determinado el ámbito subjetivo de la presente causa, este Órgano Jurisdiccional antes de entrar a conocer sobre los vicios denunciados por la representación judicial de la parte demandante, observa que alegó la vulneración del derecho al debido proceso y sus derechos derivados, los cuales emergen directamente de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela como garantías aplicables a toda clase de procedimientos que se ventilen, bien ante la Administración Pública, bien ante el Poder Judicial, razón por la cual al ser un derecho de rango constitucional esta Corte considera imperioso emitir un pronunciamiento con carácter previo sobre dicha denuncia.

Es por ello, que resulta necesario traer a colación lo contemplado específicamente en los numerales 1, 3 y 6 del 49 de la Carta Magna, cuya transgresión fue denunciada por la parte demandante, los cuales establecen lo siguiente:

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

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (...)

(...*Omissis*...)

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistente (...). (Negrillas de esta Corte).

El artículo precedentemente transcrito, consagra el derecho al debido proceso, el cual ha sido entendido como una diversidad de derechos para el administrado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a la defensa, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, al acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal o decisor competente, independiente e imparcial; a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias y el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

Ello así, debe observarse que el derecho al debido proceso conjuntamente con el derecho a la defensa, constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, por ello, no puede la Administración, actuar con carácter meramente discrecional, sin observar los procedimientos establecidos normativamente, pues ello implicaría un total menoscabo al derecho a la defensa y al debido administrado y una contravención a los postulados y principios del Estado Social de Derecho y de Justicia, propugnado por el Constituyente Venezolano. (*Vid.* Sentencia N° 2014-1420 dictada por esta Corte en fecha 20 de octubre de 2014, caso: *Karen María Pino Peña*).

Claramente, conforme a los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Carta Magna, el derecho a la defensa, desde la óptica o en el marco del debido proceso, implica el respeto al principio de contradicción, así como la protección del derecho a ser notificado, el derecho a que se oigan y analicen oportunamente los alegatos de cada una de las partes y de que éstas conozcan tanto dichos alegatos como las pruebas aportadas al proceso, es decir, que se les garantice al individuo el acceso a las actuaciones del caso. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa, y con ello, violación del debido proceso, cuando el sujeto no conoce el procedimiento que puede afectar sus intereses o cuando se le impide de modo real o manifiesto su participación en el mismo, siendo concebida la decisión que le afecta con total o incontestable estado de indefensión. (Negrillas y subrayado de esta Corte).

Sobre el particular, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1541, de fecha 4 de julio de 2000, caso: *Gustavo Pastor Peraza*, ha destacado que: “ (...) la violación del derecho a la defensa se produce cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarles, se les impide su participación en él o el

ejercicio de sus derechos, o se les prohíbe realizar actividades probatorias, o no se les notifican los actos que les afectan lesionándoles o limitándoles el debido proceso que garantizan las relaciones de los particulares con la Administración Pública”. (Negrillas de esta Corte).

Por otra parte, es prudente señalar, de acuerdo a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 49 de la Carta Magna que el principio de legalidad procura la seguridad jurídica de los particulares y a tal efecto establece la obligación de la Administración a atenerse estrictamente al ordenamiento jurídico normativo, es decir, que este principio resguarda los intereses y los derechos de los particulares a través de la consagración expresa de normas que estipulen los modos de actuar y los efectos de su incumplimiento de manera objetiva, de tal suerte que la actuación administrativa se produzca con apego a la misma y los actos dictados al administrado sean consecuencia legal y directa de la aplicación de la norma correspondiente.

2. *Actos Administrativos*

A. *Definición: La necesaria producción de efectos jurídicos*

SPA-TSJ (516)

7-5-2015

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Francisco Ramos vs. Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República.

Los actos con naturaleza informativa que no generan gravamen a su destinatario no son actos administrativos y, por lo tanto, no pueden ser impugnados.

...Ahora bien, observa la Sala que el Oficio impugnado no constituye un acto administrativo, por cuanto no crea ni extingue algún derecho del recurrente. En efecto, dicho “Oficio” sólo tiene una naturaleza informativa y, por tanto, no genera gravamen a su destinatario, pues no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, por lo que esta Sala Político-Administrativa considera que el Oficio Nro. 07-02-524 del 22 de julio de 2013, dictado por la Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, no tiene la naturaleza de un acto administrativo susceptible de ser impugnado; razón por la cual esta Sala concluye que el recurso contencioso administrativo de nulidad de autos resulta inadmisibile. Así se declara.

...De lo expuesto, se evidencia que en el caso bajo análisis el acto administrativo que impide la juramentación del recurrente como Contralor Municipal es la Resolución Nro. 01-00-000130, de fecha 2 de abril de 2009, por medio de la cual el Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela, ofició a la Presidencia y demás Miembros del Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas, a los fines de ordenar al referido Concejo Municipal no juramentar a ningún participante del concurso público convocado, u otra persona, para ocupar el cargo de Contralor Municipal. Este acto es el que en definitiva, puede ser impugnado con los recursos judiciales que el ordenamiento jurídico dispone, y en los lapsos legalmente establecidos. Así se declara.

En virtud de las razones expuestas, la Sala declara Sin Lugar la apelación ejercida por el apoderado judicial del ciudadano Francisco Ramos contra la decisión Nro. 2014-1092 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 10 de julio de 2014, mediante la cual declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. En consecuencia, se confirma el fallo apelado en lo atinente a la inadmisibilidat de la demanda, en los términos expresados en este fallo. Así se declara.

B. *Actos administrativos de efectos generales: participación ciudadana mediante consulta popular*

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones la Madrugada C.A. vs. Ministro del Poder Popular para el Ambiente (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda).

..Resuelto lo anterior, pasa este Máximo Tribunal a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, respecto a lo cual, de acuerdo a los alegatos de la empresa accionante, primero se resolverá la impugnación del acto administrativo de efectos generales, y luego las denuncias contra la providencia administrativa de efectos particulares.

Resolución N° 020 del 27 de febrero de 2008

En relación a esta Resolución, la recurrente adujo que *“fue dictada en violación del derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos reconocido en los artículos 62 y 70 de la Constitución y del procedimiento administrativo de consulta pública previa, desarrollado en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública”*.

La apoderada judicial de la sociedad mercantil Promociones La Madrugada C.A. alegó que tal desconocimiento al derecho a la participación en los asuntos públicos afecta de nulidad absoluta la referida providencia administrativa, *“conforme lo establecen el artículo 25 de la Constitución en concordancia con los artículos 49.1, 62 y 70 eiusdem (...) y el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública”*.

Por su parte, la representación judicial de la República adujo que no se configuró el vicio de violación al derecho a la participación en los asuntos públicos, por cuanto el proceso de consulta pública *“lo puede realizar cualquier persona mediante escrito con sus observaciones y comentarios”* y que la Administración *“no podía conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación”*.

Vistos los alegatos expuestos, esta Sala Político-Administrativa observa que el principio de participación ciudadana se encuentra previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos siguientes:

“Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

“Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

En desarrollo de las normas constitucionales sobre el derecho a la participación ciudadana, la Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), aplicable *ratione temporis*, previó el procedimiento a seguir cuando los entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, así:

“Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales

Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desear o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante.

La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción.

Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla". (Destacado de la cita y subrayado de este fallo).

En cuanto a la interpretación de estas normas, mediante sentencia N° 932 del 25 de junio de 2009, esta Sala expuso lo siguiente:

"Las normas legales antes transcritas, en consonancia con el artículo 62 de la Constitución, prevén la obligación de los órganos de la Administración Pública de promover la participación popular en la gestión pública y en el deber en que están de remitir el proyecto propuesto a las comunidades organizadas y sectores interesados de la sociedad a fin de celebrar una consulta pública, cuando se trate de casos de aprobación de normas.

Así, cualquier persona u organización puede presentar observaciones, sugerencias o comentarios sobre la normativa propuesta durante el período establecido para tal efecto. Asimismo, en la fecha de la celebración de la consulta pública, se permitirá que expertos, funcionarios, comunidades y organizaciones expongan sus opiniones, hagan preguntas y realicen objeciones y observaciones a las normas e, incluso, pueden plantear un proyecto nuevo, con la salvedad de que el resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante".

En el mismo sentido, mediante sentencia del 17/2013 [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 136 de 2013 en pp. 166 y ss.] (caso: *Red de Padres y Representantes*), estando ya en vigencia el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008), en el cual se mantuvo en similares términos dichas normas, pero en sus artículos 139 y 140, este Sala dictaminó lo siguiente:

*“(…) se debe precisar que ambas disposiciones legales fortalecen y profundizan la **participación ciudadana** en la formación, ejecución y control de la gestión pública, dentro de la cual se incluye la actividad normativa, desarrollando los postulados establecidos en los artículos 62 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la intervención popular es esencial en el modelo democrático trazado por el Constituyente venezolano de 1999, ya que las decisiones que adopten los órganos del Poder Público en ejercicio de sus facultades y potestades constitucionales, no pueden ser impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía. Por ello, en la parte final del citado artículo 139 eiusdem, se establece el carácter no vinculante de la consulta pública pero a su vez se exalta su carácter participativo.*

*En este contexto se debe destacar, que la consulta pública surge como **expresión del derecho a la participación ciudadana**, bajo el entendido de que se trata de un derecho constitucional que garantiza la intervención deliberada y consciente de los ciudadanos, a través de los mecanismos e instrumentos establecidos en la Carta Fundamental y desarrollados en la Ley, con la finalidad de incidir en la toma de decisiones de los entes públicos relativas a la gestión pública. La citada Ley Orgánica de la Administración Pública (2008).*

*En concreto, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como **mecanismos de participación ciudadana**, los siguientes:*

(...omissis...)

En particular, acerca de la consulta pública se debe indicar que su finalidad es propiciar escenarios de participación ciudadana y establecer una comunicación activa y permanente entre los actores sociales, organizaciones comunales y las autoridades, a los efectos de socializar el respectivo anteproyecto normativo. Como objetivo específico, se insiste, destaca el difundir la información y promover la participación de la sociedad, sistematizando los intereses generales de los ciudadanos como integrantes de la comunidad y garantizando con ello la satisfacción de sus necesidades públicas, al incorporarlas en el anteproyecto o en la toma de decisiones”. (Destacado de la cita).

Como puede apreciarse, este Alto Tribunal ha considerado que las normas contenidas en los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, aplicable en razón del tiempo, fortalecen y profundizan la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública, en virtud de que la intervención popular es esencial en el modelo democrático diseñado por el Constituyente.

En tal sentido, se desprende la obligación de los órganos o entes públicos encargados de la adopción de normas legales, reglamentarias o de cualquier otra jerarquía, de remitir el anteproyecto para su consulta a “*las comunidades organizadas*”. No obstante, se prevé que “*durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto*”.

Por tanto, aun cuando el mencionado proceso de consulta queda abierto a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación del órgano o ente público de realizar la remisión del anteproyecto a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, esta queda circunscrita, en los términos de dicha norma, a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos.

De lo expuesto se colige que, sin perjuicio del derecho a participación que tiene cualquier persona en los procesos de consulta a que haya lugar, quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos antes mencionados debe acreditar que cumplió con su carga de probar que se ha constituido como una “*comunidad organizada*” y que se encuentra inscrito en el registro al que alude el segundo aparte del artículo 135 *eiusdem*, ya que de lo contrario, como lo ha mencionado esta Sala en decisiones anteriores, “*no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de dirigir para su consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango, a esa determinada organización (...). Lo anterior se justifica debido a la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación*” (ver sentencias números 1.063 y 1.621 de fechas 25 de septiembre de 2008 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

Circunscribiéndonos al caso de autos, se aprecia que la representación judicial de la parte actora no alegó ni demostró que su mandante se haya organizado de forma tal que fuera del conocimiento del ente público emisor de la resolución impugnada, previo a su publicación, por lo que esta Sala considera que la Administración no tenía la obligación de remitir a la accionante de manera individualizada el proyecto contentivo de las normas recurridas, menos aún si no demostró encontrarse establecida en el sentido que establece la mencionada Ley, al referirse a las “*comunidades organizadas*”, lo que pudo haber surgido en el Ministerio accionado la obligación de tomarla en cuenta a tales fines. Así se establece.

Adicionalmente, se advierte que el Legislador, en el artículo 137 de la referida Ley establece una excepción a la declaratoria de nulidad absoluta de la norma emitida cuando no se hubiere cumplido con el procedimiento de la consulta previa, consistente en: emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en preservar la seguridad y protección de la sociedad, en cuyos casos la Presidenta o Presidente de la República, la gobernadora o gobernador, la alcaldesa o alcalde podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa.

Siendo así, se aprecia que en el caso bajo examen, la Resolución 020 del 27 de febrero de 2008 tiene como fundamento “*la obligación del Estado de **conservar y proteger el Parque Nacional Archipiélago Los Roques** [por lo que] es necesario regular la venta y construcción de infraestructuras...*”. (Resaltado de este fallo).

Al respecto, cobra relevancia el derecho constitucional al ambiente (artículo 127), por lo que en criterio de esta Sala, los derechos relativos a su preservación en virtud del interés general que representa, deben prevalecer sobre derechos particulares, por cuanto constituye una obligación de todos los órganos del Estado, a tenor de lo establecido en el mencionado artículo 127 del Texto Fundamental, velar por el cumplimiento de tal preeminencia, en primer término, para el beneficio de las generaciones presentes; y, en segundo lugar, para la protección de las generaciones futuras, en virtud de las repercusiones que las normas de protección ambiental producen no solo en el entorno inmediato de las comunidades circundantes a las áreas a favor de las cuales se dictan, sino porque tales consecuencias trascienden y afectan la calidad de vida de los seres humanos y los animales, contribuyendo a fortalecer el frágil equilibrio de los ecosistemas. Por tales razones, el artículo 127 *eiusdem* prevé la protección del ambiente como un derecho de interés colectivo de las generaciones presentes y futuras, que impone al Estado la obligación de crear y proteger los parques nacionales. (Ver fallo de esta Sala N° 653 del 7 de mayo de 2014).

En torno al derecho al ambiente, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia N° 1736 del 25 de junio de 2003, dictaminó lo siguiente:

“Ya esta Sala en sentencia N° 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, estableció la obligación del juez de protección del derecho al ambiente, cuando con claridad señaló:

‘La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectoras, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte’.

Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona enclavada dentro de un territorio declarado como Parque Nacional.

Ese efecto expansivo de los daños al medio ambiente han sido incluidos dentro de la categoría de los llamados intereses difusos o colectivos, en sentencia N° 00-656 del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén, donde se precisó:

‘Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captado por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país, afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona’...’.

Lo anterior nos lleva indefectiblemente a concluir que en el marco de un estado democrático y social de derecho y de justicia, que limita el derecho de propiedad por causas de utilidad pública y el interés general o social, debe tener preeminencia la protección de los derechos ambientales frente al interés particular, pues el mandato contenido en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exige a los órganos y entes del Estado la defensa de todas aquellas medidas dirigidas a proteger el ambiente, sobre todo a los parques nacionales, por ser estos áreas de especial importancia ecológica.

En consecuencia, considera este Máximo Tribunal que se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aplicable *ratione temporis*, dado que la resolución impugnada se dictó a los fines de la protección del ambiente, específicamente del parque nacional Archipiélago Los Roques; vale decir, se materializó la preeminencia de los intereses colectivos (ambientales) sobre los intereses particulares.

Ergo, tanto por no haber demostrado la accionante encontrarse establecida como una *“comunidad organizada”*, y por haberse configurado la excepción prevista en el aludido artículo 137, no resulta procedente la declaratoria de nulidad absoluta por no haberse llevado a cabo la consulta previa para la emisión de la resolución impugnada, como lo pretende la representación judicial de la parte recurrente, en consecuencia, se desestima el alegato de violación del derecho a la participación ciudadana. Así se determina.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Contencioso Administrativo de anulación

A. Lاپso de caducidad

TSJ-SPA (522)

13-5-2015

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Promociones La Madrugada C.A. vs. Ministro del Poder Popular para El Ambiente (ahora Ministro del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda).

Primeramente debe este Alto Tribunal resolver los alegatos de la Procuraduría General de la República, referente a la inadmisibilidad de la acción y la solicitud de suspensión de la causa.

Al respecto, la representación judicial de la República adujo que la parte accionante “dejó transcurrir el lapso legalmente establecido, aplicable -ratione temporis- de seis (6) meses que disponía para interponer el correspondiente Recurso de Nulidad -para la época-, contados a partir del vencimiento del plazo de noventa (90) días hábiles que tenía la Administración para decidir el Recurso Jerárquico ejercido en fecha 07 de noviembre de 2008; debido a que la omisión de pronunciamiento ocurrido por parte de la Administración, no abre nuevamente la vía judicial”.

Esta Sala -en asuntos análogos al de autos- en sentencias números 00028 y 00230 fechadas 13 de enero y 17 de febrero de 2011, determinó lo que a continuación se transcribe:

“...el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, aplicable racione temporis, el cual se encontraba consagrado en el artículo 134 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y que se reproduce en similares términos en el artículo 32 de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que:

‘Artículo 21.- En los juicios en que sea parte la República deberá agotarse previamente el procedimiento administrativo establecido en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y supletoriamente se aplicará lo contenido en las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley.

(...Omissis...)

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la administración caducarán en el término de seis (6) meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales. Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta (30) días’.

La disposición parcialmente transcrita prevé un lapso de caducidad de seis (6) meses para la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos de efectos particulares dictados por la Administración, incorporando dentro de dicho

lapso aquellos casos en los que ha operado el silencio negativo de la Administración, esto es, que no se ha producido una decisión expresa en el término de noventa (90) días contados a partir de la fecha del ejercicio del recurso administrativo.

Al respecto, cabe destacar que la figura del silencio negativo debe concebirse como una garantía del particular frente a la inercia de la Administración, teniendo aquél la facultad de elegir entre acogerse al silencio administrativo de efectos negativos, y por tanto intentar oportunamente el recurso inmediato siguiente; o bien esperar la decisión tardía de la Administración, en cuyo caso, el lapso de caducidad empezaría a computarse una vez que la Administración emitiera la decisión correspondiente cumpliendo con su deber constitucional de ofrecer respuesta frente a las peticiones de los particulares. (Destacado de la Sala).

En tal sentido, del criterio antes referido, se advierte que el particular tiene la opción de elegir entre acogerse al silencio administrativo, y de esta manera intentar oportunamente el correspondiente recurso de nulidad; o por el contrario, esperar la decisión tardía de la Administración, en cuyo caso el lapso para ejercer el recurso de nulidad comenzaría a computarse una vez que fuese notificado de dicha decisión.

Ateniéndonos al presente caso, se observa que la empresa recurrente optó por esperar la decisión de la Administración, la cual se produjo en fecha 22 de febrero de 2012 y fue notificada mediante oficio del 16 de julio de 2012, fecha a partir de la cual comenzó a computarse el lapso de caducidad. Por tanto, al haber sido incoado el recurso de nulidad el 20 de diciembre de 2012, aprecia esta Sala que fue interpuesto dentro de los ciento ochenta días continuos previstos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no habiéndose producido la caducidad que alegó la representación judicial de la República, ergo, se desestima tal argumento. Así se establece.

2. Competencia respecto de actos de las Academias Nacionales

Corte Segunda (0343)

19-5-2015

Juez Ponente. Alexis José Crespo Daza

Caso: Roberto Enrique Viloria Vera vs. Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.)

Antes de entrar a conocer el fondo de la presente controversia, esta Corte considera imperioso pronunciarse sobre el argumento expuesto por la representación judicial de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), mediante los escritos de consideraciones y de informes consignados el 26 de febrero y 3 de abril de 2014, ante este Órgano Jurisdiccional, relacionados con la supuesta afirmación "(...) ni esta Corte ni los demás órganos jurisdiccionales, tendrían competencia para revisar el contenido de la decisión, al ser impugnada judicialmente, porque se trata de un veredicto sobre la calidad científica del trabajo en cuanto a forma y contenido que el recurrente ha presentado y no de una decisión sobre cuestiones jurídicas, por lo que de hacerlo, esta Corte y los demás órganos jurisdiccionales usurparían una competencia académica, que es exclusiva de la ANCE y no del Poder Judicial (...)". (Mayúsculas del escrito). Tal alegato, llama la atención de este Tribunal Colegiado en virtud que el mismo encierra la presunción por parte del ente demandado, de la existencia de actos administrativos que a su juicio no son revisables por los Órgano Jurisdiccionales, ante lo cual resulta oportuno destacar, en primer lugar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la actuación de todos y cada uno de los entes y funcionarios que integran la Administración Pública, debe en todo momento, ser realizada "(...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Aunado a

ello, debe observarse que existen los denominados “actos de autoridad”, los cuales han sido consagrados por la jurisprudencia como una categoría especial de actos, como una forma a través de la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa controla las actuaciones de ciertos entes que si bien se crean bajo la forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas por una disposición legal y sus actos son capaces de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos, ello somete a tales autos, a la potestad de revisión de los órganos jurisdiccionales. Esta tesis ha sido reiterada por la Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 215 de fecha 29 de abril de 2009, caso: *Rosario Trigo vs Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA)*, al precisar que: “(...) el acto impugnado encuadra dentro de los denominados doctrinaria y jurisprudencialmente ‘actos de autoridad’, los cuales podrían ser definidos en sentido lato, como aquéllos emanados de personas de derecho privado conforme a delegaciones que les hace la Ley, en procura de satisfacer fines de interés público propios de la actividad administrativa, impugnables en consecuencia ante la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium del Estado. (En este sentido, vid. decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, casos: *Ma. Josefina Bustamante y Ramón Escovar León, ambos vs. Universidad Católica Andrés Bello*, de fechas 24 de noviembre de 1986 y 19 de enero de 1988, respectivamente)”. (Subrayado del original). De acuerdo con el anterior criterio, para que se verifique un acto de autoridad, debe existir un ente (aún de derecho privado), que en virtud de una disposición legal, ejerza potestades públicas o un servicio público, lo que apareja la atribución de prerrogativas destinadas a tutelar el interés general en la actividad de servicio público y sus actos “(...) en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium” son capaces de afectar la esfera jurídica de los particulares; actos éstos sujetos a revisión por parte de los Órganos Jurisdiccionales, a fin de evitar posibles arbitrariedades. En ese sentido, aplicando lo *ut supra* al caso de autos se observa, que el acto objeto de impugnación, fue dictado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas (ANCE), en uso del imperium, la cual, conforme a lo establecido en la Ley de la Academia de Ciencias Económicas (mediante la cual se ordenó su creación), facultándola para emitir actos dotados de ejecutoriedad y ejecutividad, en el marco de la misión que le fue conferida, para el desarrollo económico y social, en razón del estudio y mejoramiento del ordenamiento económico venezolano. Asimismo, se desprende del texto normativo contenido en el artículo 2 *eiusdem*, que la referida Academia es calificada como una corporación “de carácter público, con personalidad jurídica, patrimonio distinto del Fisco Nacional, autonomía académica, organizativa y económica”, por lo cual, debe observarse el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1986 del 23 de octubre de 2007, caso: *Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales*, se refirió a la naturaleza jurídica de las Academias, señalando lo siguiente: “(...) Sobre la naturaleza de las Academias, la Sala estima que se trata de personas jurídicas de Derecho Público, sometidas, por tanto, no sólo a un régimen preponderantemente iuspublicista, sino que están encuadradas en la estructura del Estado, razón que las hace sujetarse a los límites que se exigen para todos los entes por los cuales el Estado actúa. Por su función, se trata -dentro del Estado- de entes administrativos. Así, las Academias son parte de la Administración Pública, tanto orgánica como funcionalmente. Tal condición deriva de estar inserta en el aparato público y desarrollar actividades públicas. (...*Omissis*...)”

En ese sentido, si las Academias son entes estatales, no pueden escapar, ni siquiera por su carácter científico, de los controles a los que la evolución histórica ha sometido al Estado. Sería una carencia del sistema jurídico permitir una actividad de carácter público en los que estén ausentes los controles para la toma de decisiones. Por ello se hace necesario -como con toda la Administración-, que las resoluciones que se adopten cuenten con supuestos ciertos, y que los móviles que han llevado a ellas sean los correctos. El Estado de Derecho condiciona

la actuación de las Academias, como es natural, y les obliga a decidir sobre sus futuros integrantes con base en criterios que puedan ser objeto de control, no con ánimo de disminuir o eliminar su autonomía y su libertad de criterio (en el entendido de que sólo el estudio y la libre reflexión son esenciales en el academicismo), sino de proteger los derechos de todos los ciudadanos de la República que, contando con méritos para ello, deseen incorporarse en tales Corporaciones” (Negrillas de esta Corte). Asimismo, es importante advertir que si bien es cierto que el acto recurrido, contenido en la comunicación S/N de fecha 14 de marzo de 2013, suscrito por el Presidente y Secretario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), cuya nulidad constituye el objeto de la presente controversia, es en principio una decisión académica, no es menos cierto que el aludido acto pone fin al procedimiento de ingreso o la incorporación a la Junta de Individuos de Número de la Academia Nacional de Ciencias Económicas (A.N.C.E.), por lo tanto la decisión contenida en el mismo, podría lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos al prenombrado ciudadano, motivo por el cual, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, dicho acto es recurrible ante esta Instancia Jurisdiccional. Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, contrariamente a lo alegado por el apoderado judicial de la parte demandante, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, es competente para revisar la legalidad del acto administrativo objeto de impugnación, toda vez que el mismo puede lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos del demandante, aunado al hecho que dicha Academia demandada, forma parte de la Administración Pública, en consecuencia el acto objeto de impugnación es revisable por este Órgano Jurisdiccional, de conformidad con lo establecido por el Juzgado de Sustanciación de esta Corte, mediante la decisión dictada en fecha 17 de septiembre de 2013, anteriormente identificada, que declaró competente a éste Órgano Jurisdiccional para conocer y decidir la presente causa, contra la cual, cabe destacar, no fue ejercido el recurso de apelación correspondiente, por lo tanto se desestima el alegato bajo análisis. Así se decide.

3. *Efectos de la anulación: Prohibición de reedición del acto anulado*

TSJ-SC (695)

2-6-1015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

A fin de pronunciarse en el presente caso, esta Sala precisa que en el ámbito del Derecho Administrativo, la jurisprudencia pacífica ha señalado que un “acto reeditado” es aquel que “*se presenta idéntico en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, o por otra de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intervención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria cuando ya han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente (...)*” (sSPA-CSJ del 09-06-98, caso: *Aerovías Venezolanas S.A. (AVENSA)*).

Por su amplio desarrollo, no se discute ya la llamada tesis de los “actos reeditados”, según la cual, una vez que se haya declarado la nulidad de un determinado acto jurídico, no se puede burlar dicha declaratoria a través de la emisión de otro de igual contenido sustancial; “[s]e trata de entender inconstitucional no sólo un artículo concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una disposición concreta” señaló esta Sala Constitucional en sentencia N° 728/2006 del 5 de abril, recaída en el caso: *Sonia Sgambatti*.

Incluso, esta Sala ha declarado que en casos de reedición de normas, en el sentido de *repetición* del texto, es procedente extender los efectos de la decisión anulatoria inicial, a fin de abarcar con ellos la nueva disposición, sin necesidad de un nuevo juicio, como único mecanismo para hacer efectivo el fallo que resolvió la demanda de inconstitucionalidad (sentencias N° 181/2006, (caso: *Rafael Chavero*). [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 105 de 2006 en pp. 220 y ss.] y 728/2006 caso: *Sonia Sgambatti*. [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006 en pp. 262 y ss.]).

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la constitucionalidad de las Leyes. Prohibición de reedición de las Leyes anuladas. Poderes de anulación de oficio*

TSJ-SC (695)

2-6-1015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

La presente nulidad de oficio por reedición debe ser decidida *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición normativa parcialmente examinada, esto es, el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal (antes 395) ya fue anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 29 de junio de 1999; lo que denota que el presente asunto no requiere de contradictorio ni de actividad probatoria alguna previo a la decisión respectiva. Así se decide.

Ahora bien, el artículo 395 del Código Penal vigente para la fecha (cuya última reforma se había efectuado en 1964, mediante Ley publicada en la *Gaceta Oficial* N° 915 del 30 de junio de 1964) preveía en su segundo aparte lo siguiente:

“Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida, **si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta**” (Destacado de este fallo).

En aquella oportunidad, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en fallo del 29 de junio de 1999, al pronunciarse sobre el recurso de nulidad parcial por inconstitucionalidad e ilegalidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, interpuesto por los abogados Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini, resolvió lo siguiente:

“Tal como señala el ciudadano Fiscal General de la República, en su escrito contentivo de la opinión del Ministerio Público, el aspecto fundamental de la inconstitucionalidad alegada por los recurrentes, está referido a la discriminación de que serían sujeto tanto la mujer casada como la divorciada, así como la ‘deshonesta’, en lo tocante a la indemnización civil prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, el cual es del siguiente tenor:

‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’.

En relación con la norma que se examina, los recurrentes han sostenido que la ‘indemnización dotal es distinta de las reparaciones e indemnizaciones generales y por tanto es de presumirse que puedan exigirse acumulativamente, y la seducida, violada o raptada tenga derecho a: A) a los perjuicios materiales, como gastos de embarazo y de parto; B) a los perjuicios morales que se traducen en el capital dotal; C) a los perjuicios indirectos futuros, educación y mantenimiento del hijo, que sería la pensión alimenticia’.

Esta Corte comparte la opinión sostenida por el ciudadano Fiscal General de la República en el sentido de que de la lectura ‘de los artículos 113 del Código Penal y 7° del Código de Enjuiciamiento Criminal, no se evidencia que en ellos se haga distinción ninguna, en cuanto a la responsabilidad civil; ésta persigue siempre que tenga relación directa con el delito imputado y a tal efecto sea condenado el reo’.

En efecto, el principio fundamental que rige la materia concerniente a la responsabilidad civil de los reos, se encuentra contenida en el artículo 113 del Código Penal, el cual expresa en su encabezamiento, en forma enfática, que toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta ‘lo es también civilmente’.

En adición a lo anterior debe observarse lo establecido en el artículo 1.196 del Código Civil, el que expresa ‘que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito’.

El segundo aparte del artículo 395 del Código Penal no limita, pues, en concepto de esta Corte, el derecho a una indemnización civil en los casos de delitos de seducción, violación o rapto, únicamente a las mujeres solteras o viudas y, en todo caso, honestas.

[*Omissis*]

Con sujeción a la doctrina precedentemente establecida, esta Corte en Pleno observa que la norma que es objeto de examen contempla una discriminación distinta a la alegada por los recurrentes, en los términos que se indican a continuación:

Ciertamente, el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, cuya nulidad se solicita, establece la procedencia de una condena de oficio, en lo tocante a la indemnización civil prevista en dicho aparte, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la mujer ofendida por los delitos de seducción, violación o rapto, sea soltera o viuda y, en todo caso, honesta;
- b) Que el reo por la comisión de los delitos señalados en el literal anterior, no haya contraído matrimonio con la mujer ofendida; la que, como se estableció precedentemente, debe ser soltera o viuda y, en todo caso, honesta.

El artículo 126 del Código Penal establece que los condenados como responsables criminalmente, lo serán también en la propia sentencia, por una parte, a la restitución de la cosa ajena o su valor; y por otra parte, serán sujetos de condena por lo que respecta a las costas procesales correspondientes. Para el caso de que el agraviado se haya constituido en acusador y parte civil, la indicada norma también prevé la indemnización de perjuicios a la que haya lugar.

[*Omissis*]

Es el caso. Sin embargo, como anteriormente se ha señalado, que en el aparte segundo del artículo 395 del Código Penal, se establece una condenatoria de oficio de la indemnización civil a favor de la mujer soltera o viuda y, en todo caso honesta, cuando el reo por la comisión de los delitos de seducción, violación o rapto no haya contraído matrimonio con la ofendida.

Lo anterior constituye una violación a lo establecido en el artículo 61 de la Constitución, en que prohíbe de manera categórica, las discriminaciones fundadas, entre otros motivos, en la condición social de las personas.

Ciertamente, la imposición de oficio de la condena correspondiente a la indemnización civil, establecida en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, está restringida únicamente, respecto a la mujer ofendida que tenga el estado civil de soltera o viuda y, que sea en todo caso, honesta.

Tal disposición constituye, por una parte, una discriminación respecto de las mujeres que tengan la condición de divorciadas y casadas, quienes tendrían que constituirse en parte civil, con el objeto de lograr el pago de la indemnización civil que les corresponda.

Por otra parte, la condena de oficio atinente a la indemnización civil, prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, tiene como premisa fundamental que la mujer ofendida sea en todo caso honesta, lo cual también implica una discriminación fundada en la condición moral de la persona.

En lo tocante a lo sostenido en el párrafo precedente, en el sentido de que constituye una discriminación fundada en la condición moral de la persona, la exigencia prevista en el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, pues se requiere que la mujer ofendida por los delitos de seducción, violación o rapto, sea en todo caso honesta, para que proceda la condenatoria de oficio de la indemnización civil, esta Corte observa lo siguiente:

La garantía de la no discriminación, consagrada en el artículo 61 de la Constitución, al aludir a *'la raza, el sexo, el credo o la condición social'* como los supuestos respecto a los cuales el principio opera, no hace tal señalamiento con carácter taxativo. Por el contrario, en el espíritu de la norma está presente el derecho a la igualdad, consagrado en el Preámbulo de la Constitución, que ha de interpretarse en su forma más amplia; es decir, reconociendo la de todos los individuos ante la ley, salvo los casos que específicamente ella señale, como es el relativo a los derechos políticos.

La doctrina y la jurisprudencia han sido constantes en incluir como motivos de discriminación a otros supuestos fuera de los precedentemente indicados; dentro de los cuales, cabe mencionar el estado civil, la profesión, las condiciones de salud, las relativas a la apariencia física u otras análogas.

Así, en sentencia de 17 de noviembre de de 1998 de esta Corte en Pleno, al referirse al indicado artículo 61, se señaló:

'La norma constitucional se refiere a las diferencias de trato derivadas de la raza, el sexo, el credo o la condición social. La doctrina y la jurisprudencia han ampliado los anteriores elementos, incorporando situaciones no previstas expresamente, como lo son, la edad, la lengua, el parentesco, el estado civil y el grado de cultura'.

En el caso presente se observa que la calificación de mujer honesta constituye un elemento discriminatorio de la **condición moral**, elemento éste, que como tal constituye un supuesto autónomo; por lo cual resulta innecesario subsumirlo dentro de los enunciados del artículo 61, tales como la condición social.

Esta Corte observa, que la discriminación objeto de examen en esta sentencia, se encuentra contenida en la parte final del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, en específico, en la expresión *'si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta'*.

En razón de lo precedentemente expuesto, esta Corte se limitará, en su parte dispositiva, a declarar la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, con el objeto de conservar, a favor de la ofendida, la condenatoria de oficio establecida en dicha norma, por vía de indemnización civil, sin discriminación alguna.

En vista del pronunciamiento anterior, esta Corte estima innecesario considerar el resto de los argumentos de los recurrentes, que versan sobre la infracción del artículo 46 de la Constitución y de los artículos 3, 5 y 6 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, al verificarse una sola razón fundamental concluyente para anular el acto. Tal ha sido el criterio expuesto, entre otros, en sentencia dictada en 5 de diciembre de 1996 por la Corte en Pleno, caso Nulidad de artículos de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones antes expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara **la nulidad parcial** del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, en lo que respecta al texto contenido en dicha norma **'si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta'**, por colidir con el artículo 61 de la Constitución, en los términos expresados.

Con motivo de la nulidad anterior, el segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, debe entenderse así: **‘Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida’**.

Conforme a la previsión contenida en el artículo 119 de la Ley Orgánica de este Supremo Tribunal, se ordena publicar en el sumario de la *Gaceta Oficial*, lo siguiente: ‘Sentencia que declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal’.

Como puede observarse del texto transcrito *supra*, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en protección a la garantía de la no discriminación, consagrada en el artículo 61 de la derogada Constitución, al aludir a ‘*la raza, el sexo, el credo o la condición social*’ como los supuestos respecto a los cuales ese precepto operaba; declaró la nulidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal, tras considerar su colisión con el mencionado artículo 61 constitucional.

Ahora bien, en el año 2000 la Comisión Legislativa Nacional, en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 6, numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se estableció el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2.000, dictó un Código Penal, el cual quedó publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000. Los cambios principales respecto del Código de 1964 estaban referidos a los delitos de porte ilícito y uso ilícito de armas de fuego, desaparición forzada de personas, colocación de obstáculos en la vía pública y asalto a unidades de transporte.

Sin embargo, ese Código reimprimió en el segundo aparte del artículo 395 la disposición que había sido anulado mediante fallo del 29 de junio de 1999, por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, referida a si la mujer **‘fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’**. De hecho, el artículo conservaba el mismo número, pues, como se ha dicho, ese Código Penal fue sólo una modificación parcial del anterior Código de 1964. De esa forma, la disposición anulada por la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno fue reeditada en el ordenamiento jurídico venezolano a partir del 20 de octubre de 2000, fecha de publicación del Código Penal en la *Gaceta Oficial*.

Asimismo, en el año 2005 se produjo una nueva reforma del Código Penal, la cual se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005 y se reimprimió, por error material, en la *Gaceta* N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de ese mismo año. Esa reforma, la de 2005 exigió la publicación en *Gaceta Oficial* tanto de la Ley de Reforma como del Código resultante. De esa manera, fue publicado el texto íntegro del vigente Código Penal, con inclusión de las disposiciones sobre la atenuación de pena que fueron anuladas en 1964; siendo que en dicha reforma también fue repetida la cláusula referida a si la mujer **‘fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta’**, como supuesto para resarcir el daño ante la seducción, violación o rapto por indemnización civil o por matrimonio; ya no en el artículo 395 sino el artículo 393, pues la reforma implicó una alteración en la numeración del articulado.

En efecto, ese artículo 393 en su segundo aparte es el examinado en el caso *sub lite*, cuyo texto es del tenor siguiente:

“Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida **si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta**” (Destacado añadido).

Como se observa, se trata de la misma norma anulada en la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, reeditada en el año 2000 y que, al no ser objeto de reforma en el año 2005, sigue plasmada en el vigente Código Penal.

Así las cosas, es evidente que la norma examinada (contenida hoy en el segundo aparte artículo 393 del vigente Código Penal) fue objeto de anulación por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, y que la motivación de dicha sentencia anulatoria, aunque referida al artículo 61 de la Constitución de 1961, vigente para aquella oportunidad, se ajusta absolutamente a lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del siguiente tenor:

“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 [omissis]”.

No procede ahora iniciar un nuevo proceso, puesto que el mismo conduciría nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal; siendo que lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, ninguno puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el asunto examinado no es replanteable.

Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes. No es ese el caso de autos, pues en el caso *sub lite* existe la peculiaridad de que la disposición normativa anulada fue reeditada en el año 2000 y entrando nuevamente en vigencia en el año 2005, y es otra vez susceptible de que se declare su inconstitucionalidad y, por tanto, sea objeto de anulación.

Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una *disposición* concreta: en este caso, *la condición moral y el estado civil de las mujeres*. De ese modo, si esa cláusula ya fue objeto de nulidad por parte de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento al ser exactamente el mismo, no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, dada su reedición, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

Tal es así que esta Sala en la sentencia N° 728/2006 del 5 de abril, recaída en el caso: *Sonia Sgambatti*, tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en Pleno había anulado, por sentencia del 5 de marzo de 1980, el artículo 423 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimposición) se repitió el texto de la norma anulada, si bien con otra numeración (el artículo 423 pasó a ser 421). [OMISSIS] [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006 en pp. 262 y ss.]

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

PRIMERO: NULO el artículo 421 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980, por ser **REEDICIÓN** del artículo 423 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

SEGUNDO: **ORDENA** la publicación íntegra de este fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, la cual señalará en el Sumario, lo siguiente: ‘DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA NULO EL ARTÍCULO 421 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO EL 5 DE MARZO DE 1980, POR SER REEDICIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* N° 915 EXTRAORDINARIO, DEL 30 DE JUNIO DE 1964’.

El precedente judicial antes citado es aplicable al caso *sub lite*, constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno en 1999 y la publicada en los años 2000 y 2005, esta Sala Constitucional procede a anularla *in limine*, a fin de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición de la misma del acto con efectos *erga omnes*, sino también la imposibilidad de incorporarla nuevamente al ordenamiento jurídico penal. Así se decide.

Por otra parte, visto que cuando la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció acerca de la nulidad por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 (hoy artículo 393) del Código Penal (*G.O.* N° 915 extraordinario, del 30.06.1964), (actualmente recogido en el artículo 393 del Código Penal (*G.O.* N° 5.763 Extraordinario del 16.03.2005, reimpreso por error material en la *G.O.* N° 5.768 Extraordinario del 13.04.2005) no había sido promulgada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni estaba vigente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (*G.O.* N° 38.647 del 19.03.2007, reimpresa por error material en la *G.O.* N° 38.668 del 23.04.2007 y reformada según *G.O.* N° 40.548 el 25-11-2014), esta Sala Constitucional, en tanto máximo garante de la constitucionalidad y en ejercicio de sus atribuciones estima pertinente efectuar las precisiones siguientes:

El artículo 393 del Código Penal vigente, intitulado “*MATRIMONIO. EFECTOS*” establece:

“El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos 374, 375, 376, 378, 387, 388 y 389 quedará exento de pena si antes de la condenación contrae matrimonio con la persona ofendida; y el juicio cesará de todo punto, en todo lo que se relacione con la penalidad correspondiente a estos hechos punibles.

Si el matrimonio se efectúa después de la condenación, cesarán entonces la ejecución de las penas y sus consecuencias penales.

Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta

PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos legítimos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

Por su parte, los artículos 42, 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, disponen lo siguiente:

Violencia física

Artículo 42

El que mediante el empleo de la fuerza física cause un daño o sufrimiento físico a una mujer, hematomas, cachetadas, empujones o lesiones de carácter leve o levísimo, será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses.

Si en la ejecución del delito, la víctima sufre lesiones graves o gravísimas, según lo dispuesto en el Código Penal, se aplicará la pena que corresponda por la lesión infringida prevista en dicho Código, más un incremento de un tercio a la mitad.

Si los actos de violencia a que se refiere el presente artículo ocurren en el ámbito doméstico, siendo el autor el cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantenga relación de afectividad, aun sin convivencia, ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo o afín de la víctima, la pena se incrementará de un tercio a la mitad.

La competencia para conocer el delito de lesiones conforme lo previsto en este artículo corresponderá a los tribunales de violencia contra la mujer, según el procedimiento especial previsto en esta Ley.

Violencia Sexual

Artículo 43

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Si el autor del delito es el cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien la víctima mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

El mismo incremento de pena se aplicará en los supuestos que el autor sea el ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo afín de la víctima.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de quince a veinte años de prisión.

Si la víctima resultare ser una niña o adolescente, hija de la mujer con quien el autor mantiene una relación en condición de cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantiene o mantuvo relación de afectividad, aún sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

Acto carnal con víctima especialmente vulnerable

Artículo 44

Incorre en el delito previsto en el artículo anterior y será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión, quien ejecute el acto carnal, aun sin violencias o amenazas, en los siguientes supuestos:

1. En perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años.
2. Cuando el autor se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco con la víctima, cuya edad sea inferior a los dieciséis años.
3. En el caso que la víctima se encuentre detenida o condenada y haya sido confiada a la custodia del agresor.
4. Cuando se tratare de una víctima con discapacidad física o mental o haya sido privada de la capacidad de discernir por el suministro de fármacos o sustancias psicotrópicas.

Actos lascivos

Artículo 45

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas y sin la intención de cometer el delito a que se refiere el artículo 43, constriña a una mujer acceder a un contacto sexual no deseado, afectando su derecho a decidir libremente su sexualidad, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de dos a seis años de prisión.

En la misma pena incurrirá quien ejecute los actos lascivos en perjuicio de la niña o adolescente, aun sin violencias ni amenazas, prevaliéndose de su relación de autoridad o parentesco.

Ahora bien, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia estableció los tipos penales de “*violencia física, violencia sexual, acto carnal con víctima especialmente vulnerable y actos lascivos*”, no contemplando como una causa de exclusión de la pena el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio con el culpable, de modo que tal forma de autocomposición procesal, bajo ningún concepto, tiene cabida en el procesamiento de los delitos de violencia de género.

Es de destacar que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia se promulgó como un instrumento legal que desarrolla la preeminencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a las mujeres víctimas de la violencia de género, la cual es vista a nivel mundial como un asunto de *salud pública*, cuyas raíces se encuentran en la cultura patriarcal de nuestra sociedad, caracterizada por la subordinación y discriminación hacia la mujer; impidiendo así el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el de la *igualdad ante la ley*.

Es por esa razón que la exposición de motivos del mencionado instrumento legal, al referirse a la violencia por razones sexistas, señala lo siguiente:

“Un gravísimo problema, contra el cual han luchado históricamente las mujeres en el planeta entero es la violencia que se ejerce contra ellas por el sólo hecho de serlo. La violencia de género encuentra sus raíces profundas en la característica patriarcal de las sociedades en las que prevalecen estructuras de subordinación y discriminación hacia la mujer que consolidan conceptos y valores que descalifican sistemáticamente a la mujer, sus actividades y sus opiniones.

Es así como cualquier negativa o rechazo al poder masculino es vivida por el hombre agresor como una trasgresión a un orden ‘natural’ que ‘justifica’ la violencia de su reacción en contra de la mujer. Se trata, pues, de una violencia que se dirige sobre las mujeres por ser consideradas, por sus agresores como carentes de los derechos fundamentales de libertad, respeto, capacidad de decisión y del derecho a la vida. La violencia contra la mujer constituye un grave problema de salud pública y de violación sistemática de sus derechos humanos, que muestra en forma dramática, los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer por razones de sexo en la sociedad”.

Necesario es además acotar que el establecimiento de un régimen especial para proteger a las *mujeres*, viene del compromiso que tiene la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte en los Pactos y Tratados Internacionales, de cara a la obligatoriedad de los Estados en proteger a la mujer en casos de violencia contra su integridad personal.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, señala:

“Artículo 5. El Estado tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar el cumplimiento de esta Ley y garantizar los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia”.

Asimismo, estima esta Sala referir que cuando el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia a la adopción de medidas positivas a favor de personas discriminadas, marginadas o vulnerables y que se encuentren en

situación de debilidad frente a los abusos o maltratos, visualiza un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable como son *las mujeres*. (Vid. sSC N° 229 de fecha 14/02/2007, en la que se declara el carácter orgánico de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia).

De igual modo, viene muy al caso destacar que “...*los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema, así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección a favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial...*”. (Vid. sSC N° 486 de fecha 24/05/2010, caso: *Emérito Playonero Caidedo*).

Así entonces, visto que esta Sala Constitucional, está en el deber de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales en protección de la tutela judicial de los justiciables y, visto también que los delitos señalados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia son delitos complejos, que protegen varios bienes jurídicos, como son: *la dignidad y la libertad sexual*, y considerando que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia es *lex posterior* respecto al Código Penal, tiene *carácter orgánico y es especial*, dicha ley especial estableció en su artículo 10 lo siguiente: “*Supremacía de esta Ley. Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica*”; adecua constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal, y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida. Así se decide.

Por lo expuesto, esta Sala Constitucional, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, declara de oficio la reedición de la norma contenida en el segundo aparte artículo 395 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999; a fin de ajustar la comentada disposición a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil *Gaceta* N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, así como al precedente judicial de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 1682/2005, caso: *Carmela Manpieri Giuliani*, la disposición contenida en el artículo 393 del Código Penal debe entenderse de la siguiente manera: “*Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole*”. Así se decide.

En virtud de lo anterior, los efectos de este fallo son *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo dictado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, en la *Gaceta Oficial* N° 5362 Extraordinario, del 9 de julio de 1999.

[OMISSIS]

III

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

PRIMERO: DE OFICIO NULO PARCIALMENTE el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, por ser **REEDICIÓN** del artículo 395 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

SEGUNDO: INTERPRETA CONSTITUCIONALMENTE el artículo 393 del Código Penal vigente, en lo que respecta al matrimonio y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida.

TERCERO: ORDENA la publicación íntegra de este fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, la cual señalará en el Sumario, lo siguiente: “DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA LA REEDICIÓN DEL SEGUNDO APARTE DEL ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005. ASIMISMO, SE INTERPRETA CONSTITUCIONALMENTE LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO PENAL EN LO QUE RESPECTA AL MATRIMONIO, LA CUAL DEBE ENTENDERSE DE LA SIGUIENTE MANERA: “LOS REOS DE SEDUCCIÓN, VIOLACIÓN O RAPTO SERÁN CONDENADOS, POR VÍA DE INDEMNIZACIÓN CIVIL, A DOTAR A LA OFENDIDA. PARÁGRAFO ÚNICO.- EN LA MISMA SENTENCIA SE DECLARARÁ QUE LA PROLE GOZARÁ DE LOS MISMOS DERECHOS QUE LA LEY CIVIL ACUERDA A LOS HIJOS, SI EL ESTADO DE LOS PADRES LO PERMITIERE Y EN TODO CASO SE CONDENARÁ AL CULPABLE A MANTENER DICHA PROLE”, así como su publicación en la *Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela*, tal como lo dispone el artículo 126 *eiusdem*.

CUARTO: ORDENA la mención de este fallo en la página principal del sitio web oficial de este Tribunal Supremo de Justicia, con la indicación siguiente: “Sentencia que declara de oficio parcialmente nulo el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal de 2005 por ser reedición del artículo 395 del Código Penal de 1964, que fue anulado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999”.

Asimismo, se interpreta constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal vigente, en lo que respecta al matrimonio, la cual debe entenderse de la siguiente manera: “Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole”.

2. *Control concentrado de la constitucionalidad reedición de normas*

TSJ-SC (695)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Se anula parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal por reedición del derogado 395; y se interpreta constitucionalmente el indicado artículo 393.

En caso de reedición de normas no procede iniciar un nuevo proceso sino ratificar el fallo anulatorio por su efecto *erga omnes*. En el procesamiento de delitos de violencia de género no tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio.

La presente nulidad de oficio por reedición debe ser decidida *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición normativa parcialmente examinada, esto es, el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal (antes 395) ya fue anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 29 de junio de 1999; lo que denota que el presente asunto no requiere de contradictorio ni de actividad probatoria alguna previo a la decisión respectiva. Así se decide.

(...)

No procede ahora iniciar un nuevo proceso, puesto que el mismo conduciría nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal; siendo que lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, ninguno puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el asunto examinado no es replanteable.

Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes. No es ese el caso de autos, pues en el caso sub lite existe la peculiaridad de que la disposición normativa anulada fue reeditada en el año 2000 y entrando nuevamente en vigencia en el año 2005, y es otra vez susceptible de que se declare su inconstitucionalidad y, por tanto, sea objeto de anulación.

...Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada *Gaceta*), sino una *disposición concreta*: en este caso, la *condición moral* y el estado civil de las mujeres. De ese modo, si esa cláusula ya fue objeto de nulidad por parte de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento al ser exactamente el mismo, no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, dada su reedición, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

(...)

Por otra parte, visto que cuando la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció acerca de la nulidad por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 (hoy artículo 393) del Código Penal (*G.O.* N° 915 extraordinario, del 30-06-1964), (actualmente recogido en el artículo 393 del Código Penal (*G.O.* N° 5.763 Extraordinario del 16-03-2005,

reimpreso por error material en la *G.O.* N° 5.768 Extraordinario del 13-04-2005) no había sido promulgada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni estaba vigente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (*G.O.* N° 38.647 del 19-03-2007, reimpresa por error material en la *G.O.* N° 38.668 del 23-04-2007 y reformada según *G.O.* N° 40.548 el 25-11-2014), esta Sala Constitucional, en tanto máximo garante de la constitucionalidad y en ejercicio de sus atribuciones estima pertinente efectuar las precisiones siguientes:

(...)

Así entonces, visto que esta Sala Constitucional, está en el deber de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales en protección de la tutela judicial de los justiciables y, visto también que los delitos señalados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia son delitos complejos, que protegen varios bienes jurídicos, como son: la dignidad y la libertad sexual, y considerando que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia es *lex posterior* respecto al Código Penal, tiene *carácter orgánico* y es especial, dicha ley especial estableció en su artículo 10 lo siguiente: “*Supremacía de esta Ley.* Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica”; adecua constitucionalmente el artículo 393 del Código Penal, y establece que en el procesamiento de los delitos de violencia de género bajo ningún concepto tiene cabida el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio, como forma de autocomposición procesal, siendo aplicable solo lo relativo a la condena a indemnización civil por parte del culpable de los delitos de seducción, violación y rapto a la ofendida. Así se decide.

Por lo expuesto, esta Sala Constitucional, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, declara de oficio la reedición de la norma contenida en el segundo aparte artículo 395 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999; a fin de ajustar la comentada disposición a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil *Gaceta* N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, así como al precedente judicial de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 1682/2005, caso: *Carmela Manpieri Giuliani*, la disposición contenida en el artículo 393 del Código Penal debe entenderse de la siguiente manera: “*Los reos de seducción, violación o rapto serán condenados, por vía de indemnización civil, a dotar a la ofendida. PARÁGRAFO ÚNICO.- En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpa*”

3. Recurso de Interpretación Constitucional

A. Interpretación de normas sub legales acción improponible en derecho

TSJ-SC (674)

1-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Organización Comunitaria de Vivienda, OCV Rodilla en Tierra (interpretación sobre el Decreto N° 7703 del 05-10-2010, publicado en la *G. O.* N° 39.524).

Las solicitudes de interpretación de normas sub legales, como es el caso de las resoluciones ministeriales, son improponibles en derecho, pues la facultad de interpretación a que se refieren los artículos 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 31.5 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, recae sobre disposiciones de rango legal (salvo la competencia de esta Sala para determinar el sentido y alcance de normas constitucionales conforme al artículo 335 del Texto Fundamental y 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es decir, sobre actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

...Conforme al texto constitucional, este Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de “...los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley” (numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia distinguió, a los efectos del establecimiento del tribunal competente, entre el recurso de interpretación de leyes y el recurso de interpretación de normas constitucionales. En tal sentido, el artículo 25.17 de la Ley Orgánica de este Alto Tribunal atribuye el conocimiento del recurso de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional a esta Sala, mientras que el último párrafo del artículo 266.6 de la Constitución y el 31.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, asignan a cada una de las Salas de este Máximo Tribunal la competencia para conocer del recurso de interpretación de textos legales que se distribuirá según la afinidad entre la materia a resolver y las competencias de cada una de las Salas.

En el caso de autos la requirente interpuso “**RECURSO DE INTERPRETACIÓN SOBRE EL ALCANCE DEL DECRETO N° 7.703 DE FECHA 05 DE OCTUBRE DE 2010 PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 39.524**, mediante el cual se ordenó la adquisición forzosa de los bienes inmuebles, muebles, bienes de consumo, depósitos, transportes y demás bienhechurías presuntamente propiedad del COMPLEJO GARCÍA HERMANOS, SA. (GAISA)”.

Así pues, se observa que la presente demanda tiene por objeto interpretar el contenido y alcance del Decreto N° 7703 dictado por el Presidente de la República el 5 de octubre de 2010, por lo que se trata de un acto de rango sub legal emanado del Poder Ejecutivo en ejecución de la ley.

Vale destacar que en el aludido Decreto N° 7703, además de ordenarse la adquisición forzosa de bienes para la ejecución de la obra Desarrollo de la Red de Distribución Socialista de Productos de Primera Necesidad, se acordó también el inicio del procedimiento expropiatorio. Al respecto, esta Sala, en el fallo N° 203 del 29 de febrero de 2012, dejó asentado que la potestad expropiatoria es una forma típica de actuación administrativa del Estado que tiene carácter sub legal, por lo que el Decreto objeto del recurso de interpretación no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución ni como un acto de gobierno, sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades que detenta la Administración.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de interpretación de normas de carácter sub legal, esta Sala en sentencia N° 1467 del 11 de noviembre de 2014, expresó lo siguiente:

“Ello así, es de observar que, **las solicitudes de interpretación de normas sub legales, como es el caso de las resoluciones ministeriales, son improponibles en derecho, pues la facultad de interpretación** a que se refieren los artículos 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 31.5 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, **recae sobre disposiciones de rango legal** (salvo la competencia de esta Sala para determinar el sentido y alcance de **normas constitucionales** conforme al artículo 335 del Texto Fundamental y 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es decir, sobre actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución”. (Resaltado nuestro).

Visto entonces el anterior criterio y como quiera que el Decreto N° 7703 dictado por el Presidente de la República el 5 de octubre de 2010, es un instrumento normativo de carácter sub legal, el mismo no se encuentra sometido al recurso de interpretación de leyes, por lo que esta Sala declara como improponible la pretensión planteada. Así se decide.

III

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **IM-PROPONIBLE** la demanda de interpretación propuesta por la ciudadana Angélica Militza Cedeño, actuando con el carácter de Delegada General de la **Organización Comunitaria de Vivienda, OCV Rodilla en Tierra**, sobre el Decreto N° 7703 del 05 de octubre de 2010, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.524.

B. Admisibilidad

TSJ-SC (761)

18-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Previo al pronunciamiento referente a la admisión de la solicitud de interpretación, se observa que mediante decisión N° 723 de fecha 8 de mayo de 2008, esta Sala declaró: (i) su competencia para conocer de la presente causa, (ii) la prejudicialidad del recurso de nulidad por inconstitucionalidad contenido en el expediente N° 04-0143 (nomenclatura de esta Sala) con respecto al caso de autos, y la suspensión del recurso de interpretación de autos, hasta tanto se dictara la decisión definitiva en el expediente N° 04-0143.

Ahora bien, se constata que en fecha 12 de agosto de 2008, se dictó el fallo N° 1270 en el asunto identificado con el N° 04-0143 (decretado como una cuestión prejudicial en relación a la presente causa), mediante el cual esta Sala reiteró la interpretación del contenido, aplicación y alcance del artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecida en la sentencia 1265/2008, y declaró sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Así las cosas, siendo que se resolvió la cuestión prejudicial respecto al presente recurso de interpretación de la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera conveniente reanudar la misma en el estado en que se encuentra. Así se decide.

Reanudada la causa, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación interpuesta y, al efecto, observa que en decisión N° 278 del 19 de febrero caso:

Beatriz Contasti Ravelo, [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92 de 2002 en pp. 379 y ss.] atendiendo a los diversos fallos relacionados con los recursos de interpretación constitucional incoados ante esta Máxima Instancia Jurisdiccional, se realizó una compilación de las distintas causales o requisitos de admisibilidad impuestas jurisprudencialmente a este tipo de acción interpretativa, las cuales son del tenor que sigue

- 1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.
- 2.- Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.
- 3.- Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, no que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia de 30-11-01, caso: *Ginebra Martínez de Falchi*).
- 4.- Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sentencia. N° 2627/2001, caso: *Morela Hernández*);
- 5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible;
- 6.- Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos;
- 7.- Inteligibilidad del escrito;
- 8.- Representación del actor.

C. *Perdida de interés procesal*

TSJ-SC (683)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Argenis Ramón Martínez Hidalgo (demanda de interpretación del contenido y alcance del artículo 291 de la Constitución).

En casos como el de autos, ha señalado esta Sala que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia que preceptúa el artículo 26 de la Constitución, es ejercido mediante la acción. El requisito del interés procesal como elemento de la acción deviene de la esfera del derecho individual que ostenta el solicitante, que le permite elevar la pretendida infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. No es una abstracción para el particular que lo invoca, aunque pudiese ser abstracto para el resto de la colectividad. Tal presupuesto procesal es entendido como simple requisito o circunstancia de un acto procesal, cuya carencia imposibilita el examen de la pretensión.

4. *Revisión constitucional de sentencias*

TSJ-SC (693)

2-6-2015

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Francisco Anthony Correa Rampersad (Revisión Constitucional).

De allí que, el hecho configurador de la revisión extraordinaria no es el mero perjuicio, sino que, además, se verifique un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por

esta Sala, la indebida aplicación de una norma constitucional, un error grotesco en su interpretación, lo cual se justifica en que los recursos de gravamen o de impugnación gozan de una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna.

Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión de la sentencia (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.957 del 14 de diciembre de 2004, caso: “*Margarita de Jesús Ramírez*”, ratificada en el fallo N° 748 del 8 de junio de 2009, caso: “*Gregorio Carrasquero*”).

Ahora bien, considera esta Sala preciso realizar un examen acerca de la situación que subyace al caso de autos. Análisis que, además, se impone, en criterio de esta Sala Constitucional, como una exigencia marcada por el cuantioso número de causas contenciosas existentes en el país que pretenden una declaratoria de divorcio por los órganos jurisdiccionales como una fórmula de extinción del matrimonio, habida consideración del carácter preconstitucional del Código Civil que disciplina esta materia, en relación con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

5. *Amparo Constitucional*

A. *Acción de Amparo: Admisibilidad*

TSJ-SC (644)

21-5-2015

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: INDUSTRIA POLLO PREMIUM 5.8 C.A.

En consecuencia, la Sala estima que la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual, para admitirse la acción de amparo es necesario que no exista un medio procesal ordinario e idóneo que sea capaz de restituir la situación jurídica infringida, o que el mismo haya sido agotado y no hubiese sido capaz de reparar la lesión constitucional o cuando el accionante justifique la razón por la cual los mismos no son eficaces y eficientes.

.....En cuanto a la inadmisibilidad de la acción de amparo de autos, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Sala observa que el *a quo* constitucional señaló que “*la quejosa presuntamente afectada, podría (sic) en forma oportuna disponer de los medios procesales idóneos ordinarios previstos para ello (...)* a través de la apelación ordinaria o de la excepcional invalidación.

Al respecto, la Sala observa que la parte accionante señaló como argumento fundamental de su pretensión que la dirección en la que se practicó el emplazamiento para el juicio laboral incoado en su contra fue errada, ya que pertenece al domicilio de la empresa Agropecuaria Maxi Pollo C.A., y en la que ni siquiera funciona alguna sucursal de la misma debidamente registrada, aun cuando los trabajadores demandantes prestaron servicios en dicho lugar, lo cual impidió ejercer su defensa en el referido juicio.

De allí que la Sala advierte que, ciertamente la accionante disponía de un medio ordinario para restituir la situación que consideró infringida, como lo era el recurso de invalidación, previsto en los artículos 327 y 328 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de manera supletoria por disposición del artículo 11 de la ley adjetiva laboral.

En consecuencia, la Sala estima que la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual, para admitirse la acción de amparo es necesario que no exista un medio procesal ordinario e idóneo que sea capaz de restituir la situación jurídica infringida, o que el mismo haya sido agotado y no hubiese sido capaz de reparar la lesión constitucional o cuando el accionante justifique la razón por la cual los mismos no son eficaces y eficientes (*vid.* Sentencia N° 2369/2001 del 23 de noviembre, caso: “*Mario Téllez García*” y otro).

Conforme a los argumentos que preceden, la acción de amparo resulta inadmisibile, con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al advertirse la existencia de un medio procesal idóneo capaz de reparar la lesión constitucional que el demandante de la tutela dice haber sufrido, ante el error en el emplazamiento del juicio laboral incoado en su contra.

En consecuencia, se declara sin lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial de Industria Pollo Premium 5.8 C.A., contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2015 por el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, que declaró inadmisibile la acción de amparo ejercida contra los autos dictados por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, el 13 de agosto; 13, 14, 15, 20, 21 de octubre y 3 de noviembre de 2014, y se confirma en los términos expuestos el fallo del *a quo*. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- **SIN LUGAR** la apelación ejercida por el abogado Rubén Rafael Rumbos Gil, en su carácter de apoderado judicial de **INDUSTRIA POLLO PREMIUM 5.8 C.A.**, contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2015 por el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy.

2.- Se **CONFIRMA** el fallo apelado, en los términos expuestos.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase el expediente al tribunal de origen.

Voto concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

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

La decisión de la Sala declaró sin lugar la apelación ejercida por la parte accionante, y confirmó el fallo apelado, que a su vez declaró inadmisibile el amparo interpuesto con base en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque la parte accionante contaba con el recurso de invalidación.

Quién suscribe estima que, se pasó por alto la particularidad del juicio donde -se alegan- se produjeron las lesiones constitucionales denunciadas, el cual era de naturaleza laboral y, como tal, regido por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cuya normativa no sólo no figura la institución del recurso de invalidación, sino que además, en su artículo 178, se crea una figura novedosa que abarca los mismos supuestos de aquél: el recurso de control de legalidad, que es un medio de invalidación respecto del cual esta Sala ha reconocido su carácter de vía o medio judicial preexistente conforme los términos señalados en el artículo 6.5 de

la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en tal sentido, consúltese las sentencias de esta Sala núms. 2369/2001, 2937/2003, 3166/2003, 3417/2003, 448/2004, 1167/2004, 1198/2004, 1443/2004, 2026/2004, 2173/2004; consúltese de data reciente los fallos núms. 104/2005, 331/2005, 662/2005, 882/2005, 1003/2005, 1570/2005, 3002/2005, 3099/2005), y con más rigor en el fallo núm. 3315/2005, admitiendo el amparo cuando el control de legalidad fuera inadmitido.

Lo cierto es que el principio de especialidad que priva en el proceso laboral exige mucha prudencia cuando se utilicen de forma supletoria normas del Código de Procedimiento Civil, de cuya hermenéutica la legislación del trabajo en Venezuela se ha deslastrado, tal como lo pretende el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que a la letra dice:

Artículo 11. Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley.

De este modo, la propia Ley Orgánica Procesal del Trabajo indica expresamente en cuáles supuestos se aplica las normas procesales de derecho común, de manera que el silencio del legislador procesal laboral no remite supletoriamente *ipso facto* al Código de Procedimiento Civil, sino que faculta al juez laboral para la aplicación analógica *in bonam partem*, es decir, teniendo en cuenta el carácter tutelar del derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo.

Con base en lo expuesto, quien concurre en su voto es conteste que la acción de amparo era efectivamente inadmisibile por existir una vía procesal ordinaria, pero esa vía no es, como erróneamente se señaló en el fallo -por remisión supletoria al Código de Procedimiento Civil-, el recurso de invalidación ya que en nuestra legislación procesal laboral el recurso de control de legalidad, regulado en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es el recurso idóneo.