

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2017

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

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica.* 2. *Ley. Irretroactividad.* 3. *Leyes. Aprobación. Consulta Pública. Participación Ciudadana.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales.* A. Garantía de igualdad y no discriminación. 2. Derechos individuales. A. Derecho de petición y oportuna respuesta. B. Derecho a la tutela judicial efectiva. C. Derecho a la libertad de expresión. Limitaciones. 3. *Derechos Políticos.* A. Derecho a la participación política. B. Derechos de las organizaciones políticas. Postulación de candidatos. C. Democracia representativa. Derecho pasivo al sufragio. Edad para integrar juntas parroquiales. 4. *Derechos sociales y de la familia.* A. Derecho de los niños y adolescentes: Autorización para viajar. B. Alimentación complementaria. Lactancia materna.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *La administración pública.* A. La administración descentralizada: Empresas del estado privilegios y prerrogativas. 2. *El Poder Judicial.* A. Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones. B. Tribunal Supremo de Justicia. a. Competencias de la Sala Plena: Antejuiicio de merito. Naturaleza. 3. *El Poder Público Estatal.* A. Organización territorial del Estado. Régimen de las unidades locales a nivel municipal. Creación por Ley de nuevas unidades locales: Comunas, juntas parroquiales etc. 4. *Poder Municipal.* A. Autonomía Municipal. Transferencia de competencias a entes comunales. Descentralización. B. Autonomía Municipal. Sometimiento del Municipio a un sistema de planificación centralizada.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso administrativo especial.* A. Recurso contencioso electoral conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos. B. Procedimiento: Terceros adhesivos.

V. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. *Expropiación.* A. Procedimiento judicial. Ocupación previa

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad. Competencia.* 2. *Revisión constitucional.* 3. *Amparo contra Sentencias. Admisibilidad.* 4. *Sentencia.* A. Aclaratoria. B. Vicios. Motivación. C. Improcedencia de fundamenta la impugnación de una Ley en que regula aspectos de una reforma constitucional realizada por el pueblo.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica*

TSJ-SC (727)

25-9-2017

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Constitucionalidad Decreto N°3.074 del 11 septiembre de 2017 mediante el cual se declara el Estado de excepción y de la emergencia económica.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrolla varios extremos fundamentales de estos estados de excepción y determina los controles a los cuales deben sujetarse los decretos mediante los cuales se declaran tales circunstancias extraordinarias (artículos 236, numeral 7, 337, 338 y 339).

De otra parte, el desarrollo legislativo de esta figura jurídica extraordinaria de orden constitucional, está regulado como antes se apuntó en la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, los cuales han sido definidos como circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos (Rondón de Sansó, Hildegard, *El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999, en Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*, Caracas 2004).

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, decretarlo o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas con miras a proteger el bien común, y disponer de tales medidas en los términos que contemple en el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República, y de su soberanía en todos sus atributos y aspectos; en fin, para proteger el propio orden constitucional.

En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la *ratio* o las situaciones de hecho acontecidas.

Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto decretar el Estado de Excepción, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender

para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.074 del 11 de septiembre de 2017, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Finalmente, esta Sala reitera una vez más que el órgano legislativo nacional se encuentra en flagrante desacato al Poder Judicial, específicamente, a las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; razón por la cual, cualquier acto mediante el cual se pretenda desaprobación o inobservar el decreto antes indicado es nulo, inexistente, ineficaz y carente de validez. Así se declara.

Igual sentido: TSJ-SC (547) 25-7-2018 y (959) 22-11-2018

2. *Ley. Irretroactividad*

TSJ-SPA (1186)

2-11-2017

Magistrada Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Caso: (C.A.N.T.V), así como integrantes del Comité Ejecutivo de la Federación de Trabajadores de las Telecomunicaciones (FETRATEL).

La Sala reiteró que el principio de irretroactividad de la ley es uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico, el cual está estrechamente vinculado con el de seguridad jurídica y el de legalidad.

(...)

3. “*Violación al principio de irretroactividad*”.

Denunciaron que el numeral 3 del artículo 4 del “Anexo C”, de la mencionada Convención Colectiva “*viola los artículos 24 y 89 Constitucionales, porque se aplica retroactivamente y se desmejora el derecho de los jubilados contraviniendo los principios de irretroactividad de la ley y la progresividad de los derechos laborales*”.

En este orden de consideraciones, conviene precisar lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

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

El artículo antes transcrito, prohíbe la aplicación de una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, “...*permitiéndose la retroactividad de la norma sólo en casos excepcionales*.” Dichas situaciones de excepción han sido delineadas vía jurisprudencial, mediante el análisis de diversos contextos que pudieran dar lugar a una aplicación retroactiva de la ley. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 00729 publicada el 19 de junio de 2008).

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que dicho principio está referido a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano. Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente; de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la interdicción de la arbitrariedad en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (*Vid.* Sentencia N° 0505 del 9 de mayo de 2017).

Ahora bien, en el presente caso considera la Sala que la Administración no incurrió en la violación del principio de irretroactividad de la ley, por cuanto no se aplicaron nuevas normas a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, en el caso específico, el derecho a obtener la jubilación, siendo que verificó la Sala que tanto en la Convención Colectiva 2007-2009 y la del año 2009-2011, fueron redactados de manera idéntica los supuestos de procedencia para que los trabajadores obtuvieran el referido beneficio respecto a los años de servicio según la fecha de su ingreso, por lo cual no habría lugar a establecer que se infringieron los artículos 24 y 89 de la Constitución. Así se declara.

3. *Leyes. Aprobación. Consulta Pública. Participación Ciudadana*

TSJ-SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.**La Sala interpreta el artículo 211 de la Constitución sobre el sentido de la consulta popular a las leyes que puede ser realizada en forma distinta a la prescrita en la norma.**

La disposición constitucional invocada como vulnerada por la Sindicatura del Municipio Chacao del Estado Miranda, es la siguiente:

“Artículo 211.- La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión u aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre las mismas. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional”.

Tal como se indicó en el escrito de demanda presentado, la representación de esa entidad municipal denuncia la falta de cumplimiento de la referida disposición constitucional. A tal efecto, indicó la accionante que los lapsos en que se llevó a cabo la reforma de la ley impedían a todo evento la realización de la consulta pública, lo que permitiría evidenciar que el procedimiento de formación no reparó en otorgar un período para la participación de la colectividad y de los entes involucrados.

Al respecto, la Procuraduría General de la República aseveró que sí se otorgó dicha consulta mediante la publicación de un anuncio emplazando a la participación de las partes interesadas. Como fundamento de ese señalamiento, presentaron, con el carácter de prueba, la dirección electrónica donde se permitiría constatar el otorgamiento de los plazos para la participación de la colectividad.

En ese sentido, esta Sala Constitucional, mediante Oficio n.º 13-0813 requirió al Presidente de la Asamblea Nacional que informara sobre la realización de la consulta pública efectuada sobre el entonces Proyecto de la actual Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Dicho funcionario a tal efecto envió copia del Informe que a su vez remitió a la Presidencia de la Asamblea Nacional el diputado Julio Rafael Chávez, con el carácter de Presidente de la Comisión Permanente del Poder Popular y Medios de Comunicación, en el cual indica el procedimiento llevado a cabo para la consulta pública en cuestión. En dicho oficio, se lee:

“La realización del proceso de consulta sobre los proyectos del denominado Bloque de Leyes del Poder Popular: Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica Planificación (sic) Pública y Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica de Contraloría Social y Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, **trajo un agregado de propuestas surgidas en el desarrollo de las jornadas del proceso de consulta planificadas por la Comisión Permanente de Participación Ciudadana, Descentralización y Desarrollo Regional de la Asamblea Nacional.**

De acuerdo con el Informe de Gestión de la instancia legislativa antes mencionada, previo a la aprobación de las Leyes del Poder Popular en diciembre de 2010, se llevó a cabo un conjunto de consultas entre el 21 de julio de 2010 y el 12 de septiembre de 2010.

(...) que en el transcurrir de la mencionada consulta pública con las comunidades, organizaciones sociales e instituciones del Estado, se determinó la necesidad de reformar otras leyes profundamente vinculadas con el desarrollo de los ‘medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía’, para concatenarlas y armonizarlas con las Leyes del Poder Popular (todas de rango orgánico y especiales en materia de participación ciudadana).

(...) es así como en el 2006, en el marco de la reforma a la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, donde se pensaba incluir un Capítulo para determinar la organización y funcionamiento de los Consejos Comunales, fue el pueblo el que en dichas jornadas de consulta determinó que lo conveniente era hacer una ley específica para los consejos comunales, en el año 2010 y en el marco del tema en discusión, surgió del pueblo la propuesta de reformar parcialmente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), con fundamento en lo siguiente:

1. La LOPPM, no puede quedar exceptuada de su contribución jurídica a la conformación, implementación y consolidación de la institucionalidad del Poder Popular.
2. Las juntas parroquiales, cuya definición y organización están definidas en la LOPPM, forman parte al igual que el alcalde y los concejales, del Sistema Nacional de Planificación participativa y Protagonista (sic), establecido en la Ley Orgánica de Planificación Pública (sic) y Popular.
3. Imprescindible es establecer un marco de relación directa entre las juntas parroquiales y los consejos comunales, para una labor de gestión pública coordinada entre estas instituciones, las comunas y las municipalidades.
4. Todo lo anterior conlleva a establecer dicha reforma para hacer de las juntas parroquiales entidades vinculadas plenamente con las facultades que se atribuyen al pueblo en las leyes del Poder Popular”.

El mencionado Informe alude a que la propuesta de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se originó a partir de la consulta popular del bloque de Leyes del Poder Popular. En este caso, si bien el objeto de la consulta no fue directamente la Ley reformada, el propósito de este acto político complementario del actuar legislativo se cumplió, al provenir la propuesta directamente de la sociedad organizada, dentro del llamado bloque de Leyes del Poder Popular.

En efecto, resulta necesario revisar la estructura del artículo 211 constitucional, cuyo contenido estipula dentro de su configuración normativa dos elementos, traducidos en los verbos que hacen de sí el núcleo del precepto en cuestión: (i) “...consultarán a...”; (ii) “... para *oír* su opinión...”. El elemento esencial de la disposición determina un mandato de optimización que debe ser cumplido, por cuanto de manera taxativa exige al cuerpo legislativo que lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones a los posibles interesados en la conformación de la norma y escuchar las opiniones que, al respecto, puedan presentar sobre determinados puntos, sean consideraciones de índole jurídica, política, cultural, económica o social.

La noción de las palabras fundamentales amerita su definición en los términos más esenciales. Así, la Real Academia Española entiende por *consultar* lo siguiente: “1. Examinar, tratar un asunto con una o varias personas. 2. Buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia. 3. Pedir parecer, dictamen o consejo. 4. Dicho de un consejo, un tribunal o de otros cuerpos antiguos: Dar, al rey su autoridad, dictamen por escrito sobre un asunto, o proponerle sujetos para un empleo”. Por su parte, la Academia define por *oír*: “1.

Percibir con el oído los sonidos. 2. Dicho de una persona: Atender los ruegos, súplicas o avisos de alguien, o a alguien. 3. Hacerse cargo, o darse por enterado, de aquello de que le hablan. 4. Asistir a la explicación que el maestro hace de una facultad para aprenderla. 5. Dicho de la autoridad: Tomar en consideración las alegaciones de las partes antes de resolver la cuestión debatida”.

Las acepciones literales de los elementos que circundan la disposición permiten entender que el artículo 211 constitucional procura la divulgación del contenido legislativo para politizar a los colectivos sociales acerca del contenido y objetivo de la norma que desde la instancia legislativa se proyecta. Esto es, que la sociedad conozca y se apropie tanto del fin como de los mecanismos para alcanzarlo que desde la norma se definen para lograr la mejor configuración del cuerpo social. Siendo así, es necesario entonces aceptar que también se cumple con este extremo constitucional cuando el proceso de apropiación del fin y de los medios normativos para alcanzarlo, opera en una fase previa a la instancia legislativa, esto es, cuando como manifestación de su consciencia política, son los colectivos sociales los que diagnostican la necesidad de reformar artículos de leyes ya existentes para la coherencia en la mejor configuración del cuerpo social, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso de autos, dando fundamento a la desestimación de la denuncia planteada en este aspecto, aun cuando la consulta, desde la perspectiva jurídica –ya no política- sea un mecanismo auxiliar de consulta conexas al proceso legislativo, pero que no se mimetiza con la función legislativa.

Por tanto, analizado los fundamentos expuestos, así como el Informe que remitió a la Presidencia de la Asamblea Nacional el diputado Julio Rafael Chávez, en el cual indica el procedimiento llevado a cabo para la consulta pública en cuestión, cuyo contenido y alcance no fue objetado por la parte recurrente en la presente causa, se aprecia que la sociedad tuvo oportunidad de participar en la elaboración y corrección del proyecto de ley correspondiente, por lo que esta Sala estima improcedente la denuncia formulada por los recurrentes respecto a la inconstitucionalidad del procedimiento de formación de la Ley. Así se decide.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *Garantía de igualdad y no discriminación*

TSJ-SC (884)

3-11-2017

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Eglims Peñuela Lovera e Irama Rosal

(..) Como parte de la garantía a la dignidad humana se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de la mujer, los cuales vienen siendo objeto de regulación a lo largo de la historia en diversos instrumentos legales, producto de la misma lucha que las mujeres desde todos los ámbitos han desarrollado para tal fin.

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas”, publicados en la revista N° 149-150, primer semestre 2017.

En este sentido, se aprecia la participación que hace la República Bolivariana de Venezuela a nivel internacional, originariamente cuando entró en vigor como Tratado Internacional el 3 de septiembre de 1981 y ratificada el 2 de mayo de 1983 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, mejor conocido por sus siglas en inglés CEDAW. En dicha Convención se le da importancia a la incorporación de los derechos de la mujer en la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones.

Este último, es un tratado de derechos humanos que de manera especial realza los derechos reproductivos de las mujeres, como elemento influyente que determina los roles de género y las relaciones familiares, por lo que pudiéramos considerar que es el instrumento fundamental para los derechos de la mujer y el compromiso mundial de acabar con todas las formas de discriminación.

Al efecto, la CEDAW está regida por tres principios básicos: 1) Igualdad de condiciones; 2) No discriminación; y 3) Responsabilidad estatal.

En su artículo 18, numeral 1° establece que:

“Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido (...)”.

Esta Sala estima que ha sido fundamental la posición que ha fijado el CEDAW, en cuanto al manejo del uso de la imagen de la mujer, a los fines de evitar su trato denigrante, discriminatorio y codificador ante la sociedad. La violencia social y la violencia familiar evidencian graves violaciones a los derechos de las mujeres implicando cosificación, siendo las mujeres tratadas como objetos de pertenencia de quienes se pueden abusar, a quienes se pueden violentar.

El Estado tiene encomendado acatar las recomendaciones internacionales en materia de derechos de las mujeres, especialmente en lo relativo a su salud sexual y reproductiva, prohibiendo, entre otros, el manejo indebido de la figura femenina en los medios publicitarios. (...)

En este sentido, la República Bolivariana de Venezuela ha efectuado avances fundamentales para proteger a las mujeres, tomando en consideración precisamente el compromiso que tiene como República y como Estado Parte en los distintos pactos y tratados internacionales, de cara a la obligatoriedad en proteger a la mujer en su integridad. Así se ha podido avanzar para solventar las posibles desigualdades, eliminar las barreras institucionales, sociales, económicas, entre otras, que puedan enfrentar las mujeres.

Estos avances feministas se evidencian particularmente en el aspecto de la obtención de acceso a la justicia, así como la protección de las mujeres víctimas de discriminación por motivos de sexo y /o género. El Poder Judicial venezolano ha facilitado su acceso a la asistencia jurídica de forma gratuita, a través de la figura de los defensores públicos en la materia que sea necesaria.

En el aspecto institucional, se han promovido organismos para velar por los derechos de las mujeres; tal es el caso del Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género.

De igual modo, existe una tendencia clara y manifiesta con relación a los estereotipos, las diferentes campañas efectuadas en los medios de comunicación social para neutralizar posibles discriminaciones, así como velar para que todas las autoridades y funcionarios públicos estén sensibilizados en esta materia.

Con relación a la participación de las mujeres en el ámbito público, se ha establecido una paridad en la participación de las mujeres sin considerar ningún tipo de discriminación por el género, llegando inclusive a ocupar cargos relevantes de responsabilidad y liderazgo.

Así también, merece resaltarse el avance jurisprudencial que se ha venido materializando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en esta Sala Constitucional, cuando se ha pronunciado en torno 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* (*Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional N° 695-2015, Nulidad de oficio: 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).

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.* sentencia de la Sala Constitucional 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). [Véase *Revista de Derecho Público* N° 109 de 2007 p. 86 y ss.]

De todo ello se colige que la protección y fomento de una vida libre de violencia para las mujeres es una política de Estado en Venezuela, por lo que viene muy al caso destacar que en sentencia N° 486/2010, la Sala Constitucional ha advertido 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.* sentencia de la Sala Constitucional N° 486 de fecha 24/05/2010, caso: Emérito Playonero Caidedo).

En este orden de ideas, esta Sala observa de las publicaciones efectuadas por el Semanario “El Heraldo” y traídas a los autos, suficientemente identificadas, suponen una flagrante violación a los derechos de la mujer, pues son demostraciones claras de la cosificación, materialización de imágenes de mujeres usadas como objeto sexual, pues el empleo de la pornografía supone ignorar las capacidades intelectuales de las cuales gozan las mujeres y su reducción a simples instrumentos de placer para los hombres, dejando de reconocer y enaltecer su inteligencia y potencialidades.

TSJ-SPA (1186)

2-11-2017

Magistrada Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Caso: (C.A.N.T.V), así como integrantes del Comité Ejecutivo de la Federación de Trabajadores de las Telecomunicaciones (FETRATEL).

3. “Violación al principio de igualdad”.

Alegaron la violación del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señalaron que “*también el literal B del numeral 1 del Artículo 15 (...) incurre en discriminación de sexo-género [toda vez que] en el caso de fallecimiento del jubilado varón*

no casado, la concubina se asimilará a la esposa (...) sin embargo, este supuesto no se da en caso de que la fallecida fuera [una] mujer y a su concubino entonces se le niega este derecho de forma absurda en razón de su género". (Agregados de la Sala).

Asimismo, adujeron que el artículo 13 del "Anexo C" "*del contrato colectivo también violenta la Carta Magna*" al incurrir en discriminación por cuanto "*se le niega [el] derecho de forma absurda en razón de su género [al concubino]*". (Agregados de la Sala).

Respecto a esta denuncia, resulta oportuno citar el fallo de esta Sala N° 00048 del 19 de enero de 2011, que ocasión a un proceso judicial planteado contra la misma actuación administrativa, precisó lo siguiente:

"Indicó la asociación recurrente que el artículo 13 del Anexo C resulta discriminatorio, toda vez que otorga el beneficio de la pensión de jubilación por sobrevivencia a la concubina del causante, mas no al concubino, en el supuesto de que la fallecida sea mujer, generando con ello "una horrible segregación con base en el sexo género". En efecto, la disposición establece:

"ARTÍCULO N° 13:

La pensión de sobrevivientes se causará por el fallecimiento del beneficiario de una pensión de jubilación o de un trabajador que a la fecha de su muerte llenare los requisitos para tener derecho a la jubilación normal. Tendrán derecho por partes iguales a la pensión de sobrevivientes, los hijos y el cónyuge del causante, que a la fecha de la muerte de éste cumplan las condiciones que a continuación se especifican:

- 1. Los hijos de edad inferior a catorce (14) años en todo caso, o inferior a dieciocho (18) años si cursaren estudios regulares o de cualquier edad si se encuentran totalmente incapacitados.*
- 2. El cónyuge cualquiera que sea su edad.*

Iguales derechos y obligaciones tendrán la concubina del causante". (Destacado de la Sala)

Asimismo, adujo que el literal b del numeral 1 del artículo 15 (Anexo C) incurre en discriminación de sexo-género, en los siguientes términos:

'B) En los casos de jubilados varones que no estuvieren casados, la concubina se asimilará a la esposa cuando se den las siguientes condiciones:

- a) Que haya convivido con el jubilado en los dos (2) años anteriores al fallecimiento de éste; y*
- b) Que la mujer no sea casada'.*

De la mencionada norma se desprende, como lo indicó la parte recurrente que, ciertamente no se incorporó dentro del beneficio al concubino de la causante. Ahora bien, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya consagración como derecho fundamental se encuentra en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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.

Constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley, esto es, con relación a su contenido.

En efecto, el principio de igualdad implica un trato de 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. En este último supues-

to, para lograr justificar el divergente tratamiento que pretende aplicarse, el establecimiento de las diferencias debe llevarse a cabo con base en **motivos objetivos, razonables y congruentes**; de allí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. (Ver sentencias de la Sala Constitucional 898 del 13 de mayo de 2002 y 1.457 del 27 de julio de 2006)

Así pues, pueden introducirse diferencias de trato las cuales no resultarían discriminatorias, siempre que se hallen justificadas en la objetividad, racionalidad y la proporcionalidad. En este orden de ideas, la Sala Constitucional en decisión N° 1.709 del 07 de agosto de 2007, dictaminó que:

(...)

En el caso concreto, se observa que la parte accionante denunció el trato desigual que se otorga al concubino respecto a la concubina del trabajador fallecido, al cual no se le confiere la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivencia del trabajador que se ha hecho acreedor del beneficio de jubilación, constituyendo esto una vulneración de los principios de no discriminación y progresividad de los derechos.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 77 protege a la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer, garantizándoles la igualdad absoluta de los derechos y deberes, y asimismo equipara sus efectos a las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la ley.

De igual manera, el Estado protege a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas (Artículo 75 del Texto Constitucional), garantizando la protección tanto de la madre, como del padre o de quienes ejerzan la jefatura de la familia. Asimismo, en su artículo 76 eiusdem dispone que la maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre.

En consonancia con lo anterior, puede concluirse que el Estado protege a las familias en su pluralidad, sin discriminación alguna de los y las integrantes que la conforman. De allí que el hombre y la mujer que integran una unión estable de hecho gozan de los mismos derechos y tienen entre sí los mismos deberes, ello en procura de la protección integral de la familia y de los hijos.

De la lectura de la estipulación bajo análisis, se desprende que al enumerarse los parientes del trabajador que se constituyen en beneficiarios de la pensión cuando ocurre su muerte, lo que se pretendió fue proteger a aquellos que dependían económicamente del trabajador fallecido, en aras de la protección del seno familiar, a saber: los hijos de edad inferior a catorce (14) años o inferior a dieciocho (18) años si cursaren estudios regulares o de cualquier edad si se encuentran totalmente incapacitados, el cónyuge cualquiera que sea su edad y la concubina del causante.

Ahora bien, al realizarse una interpretación acorde con las normas constitucionales protectoras de la familia y de los derechos humanos, específicamente el derecho a la igualdad, se entiende, que la no incorporación del concubino en la obtención de la referida contraprestación económica, en caso de fallecimiento de la trabajadora, supone no sólo una violación del principio de equidad de género que transversaliza y define las nuevas relaciones en la sociedad actual, sino también una afectación del grupo familiar al producirse un desajuste dentro de sus ingresos con los cuales se contribuye en el pago de los gastos básicos y necesarios, teniendo igualmente el concubino el derecho de obtener el beneficio, al ser responsable de manera compartida e igualitaria en la satisfacción de las necesidades básicas de los suyos.

Por tanto, encuentra esta Sala que la omisión de la figura del concubino dentro de la disposición analizada supone un trato desigual que en principio no obedece a un motivo objetivo y razonable, por lo que su no incorporación comporta una discriminación fundada en el sexo que resulta a todas luces violatoria del principio de progresividad de los derechos humanos, del derecho a la igualdad ante la ley, y a la no discriminación.

En consecuencia, se considera ajustado a Derecho el alegato invocado, de allí que deba entenderse que la pensión de sobrevivencia tendrá derecho a obtenerla en igualdad de condiciones tanto la concubina como el concubino del trabajador(a) fallecido(a), sólo respecto a los recurrentes en el marco del presente caso, hasta que se decida el recurso de nulidad de autos. Por tanto, se declara procedente la solicitud de amparo sobre el aludido aspecto del contrato colectivo. Así se decide.

Conforme al criterio expuesto, en relación al artículo 13 del “Anexo C” al que aluden los demandantes, considera esta Sala que el contenido del mismo resulta discriminatorio al no otorgar al concubino de la mujer trabajadora la igualdad de derechos y beneficios que se encuentran previstos para la concubina causante respecto a la pensión de sobreviviente cuando se trate del fallecimiento del trabajador varón, en ese sentido la omisión de incorporación por razones de sexo, respecto al concubino causa violación a la igualdad consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo cual esta Máxima Instancia ratifica que dicha disposición al ser violatoria del principio de igualdad, debe entenderse entonces que el derecho a la pensión de sobreviviente a la que hace alusión el artículo 13 de la Convención Colectiva 2009-2011, involucra tanto a la concubina del trabajador fallecido como al concubino de la trabajadora fallecida, tal y como fue señalado en el fallo anterior. Así se declara.

En ese sentido, declara esta Sala con lugar la denuncia formulada respecto a la violación de los principios de igualdad y no discriminación. Así se determina.

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho de petición y oportuna respuesta*

TSJ-SE (214)

7-12-2017

Magistrada Ponente: Indira Alfonzo Izaguirre

Caso: Asociación Civil Transparencia Venezuela vs. la Comisión de Participación Política y Financiamiento del Consejo Nacional Electoral.

Respecto del alegado derecho de petición, el cual se encuentra establecido en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se observa que es del tenor siguiente:

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.

Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 745 de fecha 15 de julio de 2010 ha interpretado que el derecho de petición y oportuna respuesta respecto de los funcionarios y entes de la Administración Pública supone que, ante la petición de un particular, la Administración se encuentra en la obligación de dar respuesta específica a la solicitud; o en todo caso, indicar las razones por las cuales no resuelve respecto de lo que se le hubiere solicitado (*vid.* sent. 2031/2003 caso: *Miguel Antonio Albornoz Rodríguez y Rosalba Marcano de Albornoz*), sin que sea obligatorio dar una respuesta favorable a la petición del administrado (...)

En este sentido, la Sala Electoral habiendo constatado que no existe obligación legal de la Administración Electoral que exija el cumplimiento de emitir un acto de contenido particu-

lar respecto de las denuncias formuladas, ya que al recapitular el contenido de las disposiciones de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y su Reglamento General, se observa que el inicio de la averiguación administrativa sobre publicidad y propaganda electoral constituye una potestad de la Administración Electoral que puede ser impulsada de oficio, o a instancia de parte mediante denuncia del interesado, con la previa verificación del cumplimiento de los requisitos que debe contener el escrito de denuncia, y solo en caso de encontrar indicios suficientes. Así, en caso que sea iniciada la averiguación, mediante acto de apertura se formará y sustanciará el expediente respectivo. En caso contrario, es decir, de no cumplir la denuncia las condiciones exigidas para su debida tramitación, o de ausencia de indicios suficientes para iniciar la averiguación, se desestimará la denuncia y se ordenará su archivo.

Ahondando más en la concepción de la denuncia, se puede afirmar que esta no es un modo de inicio *per se* del procedimiento de averiguación administrativa, sino que a través de ella el denunciante actúa como colaborador de la Administración, ya que pone en su conocimiento la ocurrencia de un hecho, que, de encontrarse indicios suficientes, puede dar lugar al inicio de la averiguación administrativa.

En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 1899 del 26 de octubre de 2004, con relación a la figura de la denuncia apreció que “(...) *sólo determinará el inicio formal del procedimiento cuando el órgano administrativo la valore y considere que los hechos en ella denunciados pueden ser subsumidos en alguno de los supuestos prohibidos por la Ley*”.

Sobre el particular, esa misma Sala en decisión N° 1705 del 25 de noviembre de 2009, señaló que:

(...) debe esta Sala reiterar que la denuncia constituye un acto preliminar a través del cual la Administración Pública llega a tener conocimiento de unos hechos, que podrán ser considerados por el órgano competente como suficientes para comenzar el procedimiento sancionatorio respectivo, o bien ser desestimados por no constituir falta alguna o por infundados. De allí, que la “*legitimidad*” de un denunciante no es un presupuesto necesario para que la Administración Pública realice una averiguación sancionatoria, toda vez que, en definitiva, es el órgano competente quien, si lo estima procedente, inicia dicho procedimiento con ocasión a los hechos descritos por quien formula la denuncia. (*Vid.* Sentencia N° 2119 del 31 de octubre de 2000).

En este orden de ideas, visto que de acuerdo a los artículos 66 numeral 5 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, 85 y siguientes de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y 224 del Reglamento General es potestad de la Administración Electoral ordenar el inicio de la averiguación administrativa por hechos relacionados con la supuesta infracción de normas relativas a publicidad y propaganda electoral, no podría ser condenada a una obligación de hacer, con fundamento en la violación del derecho constitucional de petición, en virtud de no haber dado una pretendida respuesta al particular sobre el inicio de dicho procedimiento, ya que es necesario que exista obligación legal de actuación, conforme al principio de legalidad.

B. *Derecho a la tutela judicial efectiva*

TSJ-SC (831)

27-10-2017

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Los requisitos y formas exigidos legalmente para la tramitación de los recursos, serán manifiestamente violatorias del derecho a la tutela judicial efectiva (en sus vertientes del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso), cuando impongan limitaciones en

el acceso a los recursos, que carezcan de toda justificación razonable, es decir, cuando se rompa la proporcionalidad exigible entre la finalidad del requisito y las consecuencias para el derecho a la tutela judicial efectiva.

A fin de delimitar el objeto del presente asunto, esta Sala observa que mediante su sentencia N° 95 del 15 de marzo de 2017, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia emitió los siguientes pronunciamientos: *i*) la desaplicación parcial por control difuso del contenido normativo previsto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que dicha norma es contraria a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; *ii*) casa de oficio la sentencia dictada, el 26 de febrero de 2016, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; y *iii*) decreta la nulidad del fallo y ordenó al tribunal superior que resulte competente dicte nueva sentencia corrigiendo el quebrantamiento apreciado, todo ello con ocasión del juicio por cumplimiento de contrato de opción de compraventa de un bien inmueble destinado a vivienda seguido por Francisca Alicia Venavente Piñate contra Iván Pérez.

Al respecto, esta Sala debe reiterar que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas (*vid.* sentencia SC N° 1.483/2014).

Asimismo, debe reiterarse que el examen de las sentencias en las que se ha ejercido el control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, redundan en una mayor protección del Texto Constitucional e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales –o bien la desaplicación de normas ajustadas a la Carta Magna– en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional (*vid.* sentencia SC N° 1.483/2014).

Bajo estos supuestos, en el presente caso, tal como anteriormente se señaló, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia desaplicó –parcialmente– el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, al considerar que esta disposición legal adjetiva es contraria a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha desaplicación se realizó en los mismos términos explanados en la sentencia N° 916 de fecha 15 de diciembre de 2016, cuando estableció lo siguiente:

“(…) [e]sta Máxima Jurisdicción Civil, reconoce la obsolescencia contenida en la citada norma contenida en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, el cual se encuentra en franco desafuero (sic) con nuestra novísima Constitución, y en atención al caso sub examine, acuerda, la desaplicación parcial de [la] referida norma procesal, la cual tendrá efectos ex nunc a la presente decisión, y en atención a la nueva doctrina que acoge esta Máxima Instancia Civil, en lo adelante para proceder a realizar cualquier acto procesal ante esta Sala de Casación Civil, no se requerirá otro requisito adicional distinto al de ser profesional del derecho, optando las Magistradas y Magistrados integrantes de esta Sala por asegurar con preferencia la efectividad supremacía de nuestra Carta Política.

Igualmente, señaló lo siguiente:

“...de conformidad con lo precedentemente expuesto, esta Sala de Casación Civil, en la cual impera la resolución de las controversias entre los derechos de particulares como hecho trascendente sobre el que descansa la seguridad jurídica y la paz social, actuando en acatamiento del deber Constitucional con el fin de garantizar su Supremacía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en obediencia con (sic) lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 334 de la Carta Política vigente, procedemos a través de la presente sentencia, a desaplicar parcialmente el contenido normativo previsto en el artículo 324 de la ley adjetiva civil, por lo que en adelante, no se requerirá para actuar ante esta Sala de Casación Civil a los profesionales del derecho, los siguientes requisitos 1.- un mínimo de cinco (5) años de graduado, 2.- ni la condición de la titularidad de doctor en alguna rama del derecho, judicatura o docencia, así como tampoco, 3.- la acreditación expedida por el Colegio de Abogados que los habilite para actuar ante esta sede casacional; ello, por colidir con las normas contenidas en los artículos 26 y 257 de la Carta Política de la República Bolivariana de Venezuela, en sintonía con los vigentes criterios doctrinarios de este Alto Tribunal, siendo el único requisito que subsista además de ostentar debidamente su condición de abogado, la inscripción en el registro de profesionales del derecho que lleva esta Máxima Instancia Civil.”

Ahora bien, a fin de determinar la conformidad a derecho de la precitada desaplicación, se estima oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

Esta Sala Constitucional ha señalado de forma pacífica y reiterada, que la sentencia constituye el punto culminante del proceso judicial, siendo el acto judicial por excelencia, mediante el cual el órgano jurisdiccional construye la solución jurídica al conflicto social que originó la instauración de aquél (sentencia N° 1.661/2008, del 31 de octubre).

En este sentido, la sentencia ostenta una gran relevancia dentro de la relación jurídico-procesal, por ser el acto del cual dimanen los efectos jurídicos de mayor importancia y, por ende, la misma debe estar sometida a revisión o control, lo cual se materializa a través del ejercicio, por parte de los sujetos procesales, de los mecanismos impugnativos de decisiones judiciales, a saber, los recursos.

Así las cosas, el ejercicio de los recursos puede ser visto desde dos puntos de vista: en primer lugar, como una facultad que se integra en el contenido propio del **derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable**, el cual se ve plasmado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el contenido del derecho a la defensa, consagrado este último en el artículo 49.1 *eiusdem* y, en segundo lugar, como una forma a través de la cual el Estado y la sociedad demuestran su interés en que el Derecho sea aplicado de forma uniforme o equitativa, es decir, el interés en normalizar la aplicación del Derecho.

En efecto, el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone 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. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”.* (Negrillas de la Sala)

De la norma *supra* transcrita, resulta incuestionable que, en las actuaciones judiciales y administrativas, las partes que resulten disconformes con cualquier resolución adversa a sus derechos e intereses, pueden ejercer los respectivos medios de impugnación, a fin de enervar

los efectos jurídicos de tal decisión. Aceptar lo contrario, además de representar una ilegítima restricción del contenido esencial del debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva, constituiría un quiebre insalvable del principio procesal de igualdad de las partes.

Esta facultad de activar los medios impugnativos en cualquier proceso judicial, se deriva del derecho a la **tutela judicial efectiva**, el cual se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“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.

*El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, **sin formalismos** reposiciones inútiles”* (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, esta disposición constitucional, debe necesariamente interpretarse sistemáticamente con el artículo 257 del Texto Constitucional, que dispone lo siguiente:

“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (Resaltado del presente fallo).

En efecto, esta Sala Constitucional, en su sentencia N° 4.370 del 12 de diciembre de 2005, señaló que el derecho a la tutela judicial –o tutela jurisdiccional–, implica la facultad de toda persona a que se le haga justicia; es decir, que cuando un justiciable pretenda algo de otra persona, tal pretensión debe ser atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas, pues en caso de ausencia de aquellas ocasionaría la pérdida de autenticidad del juicio, y la configuración de una confrontación que atentaría contra la justicia como *desiderátum* y como valor consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es el caso, que, del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprenden dos facultades fundamentales e íntimamente vinculadas, que cobran especial trascendencia de cara a la presente desaplicación, a saber: a) El derecho de acceso a la justicia y b) El derecho al recurso.

En cuanto al derecho de **acceso a la justicia** o de **acceso a la jurisdicción**, debe afirmarse que este último se traduce en **la facultad de todo ciudadano de exigir la prestación jurisdiccional**, es decir, de **provocar y mantener la actividad jurisdiccional, a fin de obtener, a través de un proceso, una sentencia determinada**.

Luego, el **derecho al recurso** consiste en la **facultad de los sujetos procesales de refutar, por medio de los mecanismos expresamente previstos en la ley (dentro de los cuales se encuentra el recurso de casación), las resoluciones judiciales contrarias a sus derechos e intereses**.

No obstante lo anterior, debe reiterar esta Sala, que los derechos de acceso a la justicia y al recurso, lejos de consistir en el derecho a acceder a los tribunales en el tiempo, forma y modo que se le antoje al ciudadano, y al margen de las pretensiones legales, se trata muy por el contrario, de unos derechos de configuración legal; de allí que deban observarse los requisitos establecidos en la ley para su acceso, sin que estos requisitos puedan ser tildados de formalidades no esenciales (sentencias 403/2005, del 5 de abril; 1.386/2008, del 13 de agosto y 1.661/2008, del 31 de octubre).

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el que garantiza la libertad de acceso de todos los ciudadanos a los tribunales de justicia, de conformidad con lo pautado en la ley, que a su vez ofrece distintas vías procesales. Estas normas de procedimiento que regulan esas vías, son preceptos que establecen los medios de impugnación a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse.

Así, los preceptos legales que regulan el ejercicio de los recursos, son necesarios, tomando en cuenta la naturaleza y finalidad del proceso, debiendo respetarse algunas formas procesales donde se determine que ciertas consecuencias no se tendrán por producidas, cuando no se observen los requisitos de admisibilidad o procedibilidad, todo esto en aras de la certeza y la seguridad jurídica.

Tales exigencias formales, que cumplen por lo general una misión trascendente en la organización del proceso, sólo deben causar la grave consecuencia de inadmisión del recurso cuando no son perfectamente observadas por el recurrente, a fin de que éstas no se conviertan en un obstáculo insalvable que no permita la continuación del proceso.

En este orden de ideas, debe afirmarse que algunas de esas formas procesales cuyo cumplimiento es necesario para la tramitación de los recursos en el proceso, están referidas a lo que en la teoría general de los recursos se denominan *presupuestos de la impugnación*, siendo éstos los siguientes:

- a) El agravio o gravamen (presupuesto subjetivo);
- b) La legitimación del recurrente (presupuesto subjetivo);
- c) Que se trate de un acto impugnabile (presupuesto objetivo); y
- d) El plazo, es decir, que el recurso haya sido interpuesto en la oportunidad fijada por la ley (presupuesto objetivo).

Ahora bien, esta Sala debe recalcar con especial énfasis, que las formas y requisitos procesales antes descritos, no son incompatibles con los derechos de acceso a la justicia y al recurso, **siempre y cuando su previsión legal no constituya una exigencia desproporcionada o irrazonable.**

En este sentido, aquéllos no pueden ser, en modo alguno, obstáculos encaminados a obstruir lo que constituye la razón misma de ser de la jurisdicción y el objetivo esencial cristalizado en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que no es otro que la **realización de la Justicia.**

De modo tal, que los requisitos y formas exigidos legalmente para la tramitación de los recursos, serán manifiestamente violatorias del derecho a la tutela judicial efectiva (en sus vertientes del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso), **cuando impongan limitaciones en el acceso a los recursos, que carezcan de toda justificación razonable, es decir, cuando se rompa la proporcionalidad exigible entre la finalidad del requisito y las consecuencias para el derecho a la tutela judicial efectiva.**

Desde la perspectiva antes reseñada -fundamentada en el principio *pro actione*-, resultan manifiestamente contrarias al contenido de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las interpretaciones judiciales, e inclusive, las normas legales adjetivas, atinentes a los requisitos de admisibilidad de los recursos, cuyos contenidos sean puramente formalistas, en la medida en que se desvinculen de su finalidad propia, reduciéndose a unas formas vacías de sentido.

Esta visión del proceso judicial a través del prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, permite conjurar el *formalismo*, siendo este último, en criterio de esta Sala, la perversión o depravación de la *forma procesal* como garantía.

A ello hace referencia el artículo 26 de la Constitución, cuando establece que “*El Estado garantizará una justicia (...) sin formalismos o reposiciones inútiles*; así como la parte *in fine* del artículo 257 *eiusdem*, según el cual “*No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*”.

Voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en virtud de la potestad que le confiere el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, respetuosamente salva su voto por las razones que se explanan a continuación:

La mayoría sentenciadora declaró:

“1.- **CONFORME A DERECHO** la desaplicación -parcial- por control difuso de la constitucionalidad del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, efectuada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la sentencia N° 95, dictada el 15 de marzo de 2017.

2.- Se **ORDENA** a la Secretaría de la Sala Constitucional la apertura del expediente, a los fines de que esta instancia jurisdiccional, en ejercicio de la competencia contenida en el artículo 336, cardinal 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25, cardinal 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 34 *eiusdem* conozca de oficio la nulidad del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990, en lo que respecta a exigir a los abogados que se dispongan a actuar ante este Tribunal Supremo de Justicia, que posean el título de doctor en alguna rama del Derecho, o un ejercicio profesional de la abogacía, o de la judicatura, o de la docencia universitaria en Venezuela, no menor de cinco (5) años continuos; así como a la obligación de acreditar tales.

3.- Se **ORDENA** notificar al Fiscal General de la República, al Procurador General de la República y al Defensor del Pueblo, respectivamente.

4.- Se **ORDENA** el emplazamiento de los interesados mediante cartel, publicado en uno de los diarios de circulación nacional, para que concurran dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación”.

En criterio de la mayoría sentenciadora, “luego de un análisis comparativo del contenido del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, a la luz del contenido de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se observa, con meridiana claridad, que exigir, en el caso de autos, poseer el título de doctor en alguna rama del Derecho, o un ejercicio profesional de la abogacía, o de la judicatura, o de la docencia universitaria en Venezuela, no menor de cinco (5) años continuos y acreditar ante el respectivo Colegio de Abogados que reúnen las anteriores condiciones, a los efectos de realizar las actuaciones descritas en el párrafo anterior, constituyen ilegítimas limitaciones en el acceso al recurso de casación, que carecen de toda justificación razonable de cara a la realización de la Justicia (sic), puesto que su exigencia implica un quiebre manifiesto de la proporcionalidad exigible entre la finalidad de dichos requisitos, respecto de las consecuencias negativas que ello acarrea para el derecho a la tutela judicial efectiva, en sus manifestaciones específicas del derecho de acceso a la justicia y del derecho al recurso”.

En este orden de ideas, sostiene la mayoría que “dichos requisitos son susceptibles de ser catalogados como **formalismos inútiles**, en el sentido de que **carecen de una finalidad legítima y plausible, respecto de la validez del recurso de casación propuesto y de las actuaciones subsiguientes**, reduciéndose, de este modo, a unas exigencias formales vacías de sentido, que se traducen en un sacrificio insalvable de la Justicia (*sic*)”.

Siendo así, para la mayoría sentenciadora las exigencias formales antes descritas, “*resultan reprochables a la luz de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que representan, de modo manifiesto y grosero, un atentado contra los derechos de acceso a la justicia y al recurso, en los términos señalados supra, como bien lo estableció la Sala de Casación Civil, en la sentencia objeto de la presente revisión*”.

Por tales razones, la mayoría de los Magistrados compartió “*el resultado decisivo plasmado en la decisión del 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, así como también los razonamientos empleados para articular la justificación de dicho fallo...*”.

Ahora bien, quien aquí salva su voto, no comparte dicho razonamiento, por cuanto contradice el criterio vinculante sentado por esta misma Sala Constitucional en **sentencia N° 369/2003, caso: Bruno Zulli Kravos**, según el cual, “*el recurso de casación es una petición extraordinaria de impugnación cuya formalización exige el cumplimiento de ciertos requisitos formales, tanto desde el punto de vista del abogado que lo redacta (ex artículo 324 del Código de Procedimiento Civil) como de la técnica necesaria para el examen de las denuncias que en él se hacen*”, de allí que el perfil del abogado que participe en su formalización, contestación, réplica y contrarréplica, no pueda ser el de un recién titulado sin experiencia.

La exigencia del legislador no puede entenderse como discrecional, ni inconstitucional, por el contrario, está concebida en defensa de los justiciables, quienes tienen derecho a un patrocinio calificado y revestido de toda eficiencia e idoneidad profesional., más aún, cuando doctrinariamente se plantea como criterio básico de distinción de los recursos, la agrupación de todos en dos categorías fundamentales, constituidas por los llamados recursos ordinarios y recursos extraordinarios, siendo este último un medio impugnador del derecho aplicado a la sentencia, y no juzgador de los hechos controvertidos.

Así, los recursos ordinarios son aquellos que, como indica su nombre, se conceden con cierto carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal, de lo que deriva la mayor facilidad con que el recurso es interpuesto y admitido, así como el que no requiera motivos específicos ni mayores niveles de tecnicidad en su formalización o fundamentación.

Los recursos extraordinarios, en cambio, se configuran de un modo mucho más particular y limitado, de allí que para su interposición y fundamentación, se exijan motivos determinados y concretos, y donde el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores limitados de la misma que la índole del recurso establezca particularmente, de allí que se justifique la especial capacidad de postulación a que se refiere el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, por parte del abogado formalizante.

Así lo señaló esta Sala Constitucional en el fallo N° 1803/2004, cuando indicó que:

“Al respecto, cabe destacar que la casación tiene la naturaleza jurídica de un recurso extraordinario y, por tanto, el mismo debe estar fundado en motivos o causales taxativamente determinados por la ley; el juzgador no examinará y decidirá *ex novo* la controversia, sino que únicamente se pronunciará acerca de la validez o nulidad de la sentencia recurrida, con base en los vicios denunciados, salvo que la ley lo autorice a obrar de oficio, como sucede en la

casación de oficio, prevista en el cuarto aparte del artículo 320 de la ley procesal civil. Con relación a lo anterior, la doctrina patria sostiene que:

“Mientras que el recurso de apelación abre el camino al conocimiento pleno de la causa en el segundo grado de la jerarquía judicial, reiterando la instancia en hecho y en derecho, el de casación, por el contrario, no constituye un tercer grado de jurisdicción, y, en tal sentido, no es una tercera instancia, siendo sólo un remedio excepcional de impugnación directa del fallo en cuanto a su no conformidad al derecho solamente. Su objeto, pues, es sólo la *revisio in iure* de la sentencia, no de la causa (*res quae in iudicio est*)” (Cf. L. Loreto, *Ensayos Jurídicos*, 2ª edición, Fundación Roberto Goldschmidt, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, p. 462).

Igualmente, la doctrina extranjera señala que la naturaleza extraordinaria de los recursos supone que “1) proceden sólo contra resoluciones determinadas, no contra cualesquiera (*sic*) de ellas, debiendo siempre esas resoluciones haber sido dictadas por un tribunal que haya conocido del recurso de apelación (salvo los excepcionales casos en que el ordenamiento admite la casación *per saltum*), y 2) existe limitación en los motivos que pueden ser alegados por las partes, los cuales condicionan el ámbito objetivo de lo que puede ser conocido por el tribunal competente para el recurso” (Cf. J. Montero Aroca, y otros *Derecho a la Jurisdicción*, Tomo II, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 437).

Tales caracteres de la casación explican que el formalizante tenga la carga procesal de fundamentar el recurso interpuesto, pues será en ese escrito donde exprese las razones que lo sustentan, esto es, los vicios *in procedendo* o *in iudicando* de los cuales –en su criterio– adolezca la sentencia impugnada.

En este sentido, considera la Magistrada disidente que las exigencias contenidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil en modo alguno constituyen simples “**formalismos inútiles**”, carentes de finalidad legítima y plausible, por el contrario, se trata de requerimientos lógicos y razonables dentro del ámbito de configuración del recurso extraordinario de casación en el proceso civil.

En efecto, es criterio de quien aquí disiente que el legislador estableció tales exigencias en función de la naturaleza extraordinaria de dicho recurso cuya existencia tiene como fines esenciales el proteger el derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica (nomofilaquia y uniformidad de la jurisprudencia), a diferencia del recurso ordinario de apelación, con el que se persigue un reexamen *ex novo* de la controversia (más orientado a la consecución de la justicia del caso en concreto), de forma que la supresión de tales requisitos implica desconocer la esencia misma de dicho recurso y convierte a la institución de la casación civil venezolana en una especie de ***tercera instancia***, lo cual resulta contrario a su propia estructura, tal como fue concebida en el vigente Código de Procedimiento Civil, aspecto éste que sólo podría ser modificado por la vía de la reforma a dicho texto adjetivo.

En criterio de la Magistrada disidente, sin menoscabo de la prohibición de sacrificar la justicia por el cumplimiento de formalidades no esenciales, se está confundiendo formalidad con formalismos, obviándose qué es el recurso de casación. Así, procurando mantenernos dentro del esquema procesal tradicional venezolano de la doble instancia, el recurso de casación no es más que una demanda de nulidad contra la sentencia recurrida. Se trata de un recurso extraordinario que, si no está sometido a requisitos de años de formación y de experiencia por parte de los abogados formalizantes, así como de los que intervienen en los actos de contestación, réplica y contra réplica se convertiría, como en efecto se hace con esta nueva decisión, en una tercera instancia.

El hecho es que el recurso de casación por su naturaleza, objeto y consecuencia requiere estar sometido a la satisfacción de un mínimo de requisitos que permitan cotejar de forma objetiva las supuestas ilegalidades del fallo con el resto de las actas procesales teniendo como

referencia las argumentaciones contenidas en la formalización. En otras palabras, siendo que el objeto de la técnica casacional es que la formalización contenga las especificaciones y los razonamientos lógicos necesarios para la comprensión de las denuncias; aquella encuadra perfectamente dentro de la expresión “*escrito razonado*” a la que alude el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil y ello exige de un profesional que cumpla con las exigencias del artículo 324 *eiusdem*.

Por ello, así como sostuve quien disiente en el Voto Salvado al fallo 1163/2010 en cuanto a que “la exigencia de una técnica de formalización de un recurso extraordinario no puede considerarse que atenta contra el Texto Fundamental, pues, a diferencia de los tribunales de instancia, los de casación son, en un primer orden, tribunales de derecho”, en esta oportunidad considera quien aquí disiente los requisitos relativos a la especial capacidad de postulación establecidos en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil no son irracionales, desproporcionados ni inconstitucionales.

Por tales razones, considera quien aquí disiente que ha debido declararse no conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad sometida a revisión de la Sala por parte de la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 95/2017.

Queda en estos términos expuesto el criterio de la Magistrada disidente, fecha *ut supra*.

C. *Derecho a la libertad de expresión. Limitaciones*

TSJ-SC (884)

3-11-2017

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchan

Caso: Eglims Peñuela Lovera e Irama Rosal

El Derecho a la Libertad de Expresión y sus limitaciones

Debe destacar la Sala la importancia que tiene el derecho constitucional a la libertad de expresión; sin embargo, ese derecho fundamental no es absoluto y se encuentra delimitado por el derecho de los niños, niñas y adolescentes de ser protegidos integralmente por parte del Estado, lo cual se encuentra también previsto en nuestro texto fundamental, entre otros; por lo que aunque todos los derechos constitucionales son fundamentales y de igual jerarquía jurídica, a través de esa ponderación, adquiere preponderancia la protección y especial atención al débil jurídico que, en este caso, son los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, los artículos que versan sobre el derecho a la libertad de expresión indican:

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

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

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

Al respecto, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, es importante considerar al momento de emitir una idea u opinión a través de un medio publicitario, la consideración del modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, para que dicha expresión se haga de manera legítima y sin afectar el interés general, asumiendo la responsabilidad debida. Adicionalmente, se asume plena responsabilidad tanto del sujeto, la idea y el medio utilizado, en iguales condiciones de responsabilidad.

En este sentido, es oportuno traer a colación la sentencia Nº 1.092 del 13 de julio de 2011, caso: *Corporación Industrias Class Light, C.A. y Class Light Publicidad, C.A.* que estableció, con ocasión de la libertad de expresión, la utilización de mecanismos idóneos para hacer efectiva la transmisión. A continuación, se transcribe parcialmente lo siguiente:

(...) Tal como se desprende de la norma transcrita, (artículo 57 de la Constitución) el constituyente de 1999 reconoce en el marco del principio de libertad y de autonomía de la voluntad, el derecho a la libertad de expresión como una de las facultades personales a través de las cuales una persona puede exteriorizar sus procesos intelectuales de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades. En otras palabras, la posibilidad que tiene un sujeto de comunicar y compartir libremente sus temores y esperanzas (Duchacek citado por De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). Curso de Derecho Constitucional Español II. Madrid, p. 136).

*De esta forma, el derecho in commento les otorga dimensión social y política a los pensamientos (Torres del Moral. 1996. **Introducción al Derecho Constitucional**. Madrid: Universidad Complutense) y, a su vez, les permite a los sujetos expresar sus puntos de vista de manera omnicompreensiva, es decir, a través de cualquier vía y, por ende, en su concepción más extensa.*

De allí que, la libertad de expresión no se circunscriba a la exteriorización del pensamiento, la idea o la opinión que tiene una persona en un momento determinado, sino que se extienda a la utilización de los mecanismos idóneos para hacerla conocer, lo cual, determina lo que Bronfman. A. et al., (1998) Manual de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, p. 81), concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho in commento se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual.

Por una parte, encontramos el acto de exteriorización de lo que la persona ha desarrollado intelectualmente y, por otra parte, el derecho a comunicarlo a través de cualquier mecanismo en ejercicio de lo que se conoce como el derecho a la pluralidad de fuente. Precisamente, una de las fuentes que ha adquirido mayor importancia como parte del derecho a la libertad de expresión, es el fenómeno publicitario que en los últimos dos siglos ha demostrado ser una de las manifestaciones más trascendentales en lo económico, político y cultural.

Así, igualmente lo afirma López Á., (et al. 1998. Manual de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, p. 90), al señalar que la actividad publicitaria, en cuanto a manifestación del derecho a la libertad de expresión, presenta una especificidad que exige la adopción de medidas destinadas a la protección de la moral pública, la juventud y la infancia, frente a expresiones de contenido sexual, violento o incluso ante mensajes que pudieran ser lesivos de la salud y la seguridad ciudadana.

La citada doctrina deja claro que una cosa es la libre posibilidad de exteriorizar un pensamiento, una idea o una opinión de contenido publicitario y, otra cosa, son las condiciones de modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, en el marco de su poder regulatorio, para que la expresión publicitaria se desarrolle de manera legítima sin afectar el interés general.

Entonces, corresponde analizar si en Venezuela tiene cabida la tesis expuesta de limitación a la libre expresión publicitaria, para aquellos casos distintos a los que taxativamente prohíbe el citado artículo 57 del Texto Fundamental, según el cual, los únicos límites del referido derecho son la proscripción de mensajes anónimos, los que hagan propaganda de guerra, los discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa.

La respuesta está en la doctrina que esta Sala ha desarrollado sobre el principio de interpretación constitucional (Vid. sentencia N° 23, del 22 de enero de 2003, caso: Harry Gutiérrez Benavides y otro), en la cual, se estableció que la actividad interpretativa del derecho debe realizarse de un modo sistemático, donde las normas deben ser analizadas a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste, ni tampoco del caso planteado a partir del cual debe afirmarse la interpretación para atender al significado de la norma y del caso.

En la referida sentencia, se recoge tanto el principio de unidad o integridad del Texto Fundamental, como el principio de concordancia práctica según el cual, la estructura constitucional (preámbulo, parte orgánica y parte dogmática), no puede observarse como si se tratase de disposiciones autónomas y descoordinadas, sino como el andamiaje jurídico-político que tiene carácter preceptivo en su totalidad.

Así lo ratificó la Sala el 12 de julio de 2005, en la decisión N° 1581 (caso: Ángel Rafael Ávila y otros), en la cual reconoció que un Texto Fundamental, "...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia".

Significa entonces, que las disposiciones constitucionales deben ser armonizadas como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unas de otras y, de allí, que el operador jurídico no deba limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, sino en el contexto general de la Constitución.

Ello así, la libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la mera exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

Efectivamente, la libertad de expresión publicitaria se concretiza en un hecho comercial que como se estableció supra, está sometido a las limitaciones que el legislador puede imponer legítimamente por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, de acuerdo a lo establecido en el anteriormente analizado artículo 112 de la Carta Magna. (...)" (negrillas del fallo).

El criterio anteriormente transcrito se sustentó en la exteriorización que se haga del pensamiento, idea u opinión, el cual debe apoyarse en mecanismos efectivos que puedan hacerlo conocer, que es lo que el autor Bronfman, *Manual de Derecho Constitucional*. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid. p. 81, 1998, concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho *in commento* se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual. En este sentido, a través de este mecanismo, logramos obtener el convencimiento para que otra persona lo adquiera o utilice; no obstante, es necesario que dicho procedimiento esté regulado a los fines de evitar posibles lesiones al bien común.

Así se ha pronunciado esta Sala, en decisión N° 359 de fecha 6 de mayo de 2014, caso: *Gilberto Rúa*, en los siguientes términos:

(...) *En efecto, los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libre empresa se encuentran delimitados por -entre otros, el derecho de niñas, niños y adolescentes de ser protegidos integralmente por parte del Estado, también previsto en nuestro texto fundamental, siendo todos ellos de igual jerarquía jurídica, debiendo por tanto la Sala hacer una ponderación de la situación concreta, de modo de garantizar la mayor efectividad del texto constitucional sin sacrificar el contenido esencial de ninguno de ninguno de los derechos constitucionales antes mencionados.*

En este sentido, los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen, dentro del elenco de los derechos civiles consagrados en la Carta Fundamental, los derechos a la libertad de expresión y a la información (...)

(... omissis...)

Sobre las anteriores disposiciones constitucionales, se ha pronunciado esta Sala en diversas sentencias -entre otras, N° 1.013 del 12 de junio 2001 caso: "Elías Santana"; N° 1.342 del 14 de julio de 2004 caso: "Carlos José Pinto Acosta"; N° 344 del 24 de febrero de 2006 caso: "Alberto Blanco-Uribe Quintero", N° 2.182 del 16 de noviembre de 2007, caso "Tarek William Saab" y N° 278 del 12 de marzo de 2012 caso: "Editorial Aguilar, C.A."-, destacando que "el derecho a la libre expresión de pensamiento y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, y sin censura, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, de forma oral, en lugares públicos o privados, por escrito o por cualquier otra forma, haciendo uso para ello de cualquier medio de comunicación, ante lo cual, asumen plenamente la responsabilidad tanto al sujeto que emitió el pensamiento, la idea o la opinión como el medio a través del cual se produjo, sin que sea excluyente una de la otra (...)".

(...omissis...)

El resultado de lo expuesto, implica una tridimensionalidad en cuanto a los efectos, por cuanto para garantizar la protección de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información, el Estado debe crear los medios y las condiciones materiales para el ejercicio del derecho, así como garantizar o no impedir el igual ejercicio de los mismos derechos en la protección de éstos, a través de mecanismos restrictivos a su ejercicio a ciertos núcleos, pero a su vez, ello conlleva a una protección de los efectos de proporcionalidad del fin logrado por medio de la información y su colisión o confrontación con otros derechos constitucionales y a la responsabilidad generada por ello.

Así pues, si bien el Estado debe garantizar una libertad plena del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información, por cuanto dichos derechos se generan y despliegan en el ámbito de individualidad del ser humano, en el seno y desarrollo de su conciencia personal o social, por cuanto cada quien escoge internamente la información requerida así como lo indispensable para su disfrute y desenvolvimiento personal, lo cual puede variar indefinidamente sin establecer una regla de límites o máximos de tolerancia de los contenidos requeridos o permitidos, no es menos cierto que aun cuando ello pudiera colidir con la regla de las minorías y las mayorías, resulta de difícil desconocimiento que la información es uno de los medios más importantes de influir en la conciencia del ser humano y por tanto en la formación del colectivo.

En razón de ello, si bien se puede afirmar que dichos derechos gozan de un grado especial de protección del Estado por cuanto ello implica a su vez el libre desarrollo de la personalidad sobre qué o cuál opinión o no se quiere adscribir o cuál información es relevante a un determinado ciudadano o conglomerado, en ejercicio incluso del derecho a la participación política, es indispensable mencionar que la mencionada libertad no es absoluta por cuanto el ámbito de protección se encuentra restringido a la vulnerabilidad de otros derechos que bajo ciertas circunstancias pueden requerir una protección incluso mayor a los referidos derechos.

(..omissis...)

Sin embargo, si bien dicho derecho posee límites en cuanto a su ejercicio, su restricción y mecanismos de responsabilidad deben atender a circunstancias de oportunidad proporcionalidad y razonabilidad, las cuales pueden variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso concreto, y la misma debe derivar en primer lugar, de un fundamento legal que otorgue ámbitos de protección, ya que la noción de orden público no es un concepto etéreo que pueda aplicarse discrecionalmente por las leyes, por lo que, en consecuencia, tal potestad debe encontrarse establecida y concebir la posibilidad que dicha limitación no afecte en mayor medida otro derecho constitucional, mediante el examen de análisis de proporcionalidad que faculte la misma, en la cual se pondere entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone, a los efectos de medir si la finalidad perseguida no es más restrictiva a la protección que el ejercicio del derecho en sí mismo.

(...omissis...)

En función de ello, el Estado así como los órganos jurisdiccionales están obligados a garantizar no sólo la protección del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información sino también a proteger las lesiones que se causen por el ejercicio exacerbado o desproporcional de dicho derecho ya que el Texto Constitucional consagra una serie de valores objetivos que deben ser garantizados ponderando los valores fundamentales contrapuestos según la medida de protección y desnaturalización del derecho ejercido y el derecho controvertido.

(...) omissis (...)

En este sentido, se aprecia como se ha expuesto, que la publicación de dichas imágenes constituye una deformación del periodismo que pudiera atentar contra el derecho a la información y que resulta denigrante de la condición del ser humano al mostrar fotos de cadáveres indiscriminadamente, en páginas principales de los periódicos sin realizar la previa advertencia sobre la severidad de su contenido o ser una publicación especializada en la materia, lo cual permite al usuario el conocimiento de su contenido previamente (vgr. Publicaciones médicas o en otro campo publicaciones pornográficas), lo cual permite al consumidor en acceso de su derecho a la información escoger el medio que cubra las necesidades básicas para la satisfacción de su derecho constitucional sin sufrir un menoscabo en sus otros derechos.

Por ello, se observa que las referidas publicaciones deben ser divulgadas bajo una advertencia previa o su reseña en páginas internas donde no se identifique gráficamente los rostros de las referidas personas, ya que ello no solo atenta contra los derechos de los familiares sino de otras personas que puedan resultar afectadas por la información publicada en la cual se excede la finalidad de la información y se dirige a un sensacionalismo que puede atentar contra los derechos de otros ciudadanos, así como vulnera los límites de la tolerancia así como la ética periodística.

Todo ello, resulta cónsono con la protección de los niños, niñas y adolescentes, garantizada en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (...omissis...)

En desarrollo de la mencionada disposición constitucional, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece en su artículo 74 que: 'Los soportes impresos o audiovisuales, libros, publicaciones, videos, ilustraciones, fotografías, lecturas y crónicas que sean inadecuados para los niños, niñas y adolescentes, deben tener una envoltura que selle su contenido y una advertencia que informe sobre el mismo. Cuando las portadas o empaques de éstos contengan informaciones o imágenes pornográficas, deben tener envoltura opaca'.

Asimismo, el artículo 79 de la referida ley, consagra una serie de prohibiciones para garantizar el derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del grado de protección que debe asegurarse al Estado sobre dichos ciudadanos, consagrándose expresamente, que:

'Se prohíbe:

(...) *omissis* (...)

b) Vender o facilitar de cualquier forma a niños, niñas y adolescentes o exhibir públicamente, por cualquiera de los multimedia existentes o por crearse, libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos, presenten apología a la violencia o al delito, promuevan o inciten al uso de tabaco, sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral’.

En consecuencia, se aprecia que las referidas publicaciones no solo puede atentar contra los derechos de los familiares, así como de los consumidores, sino que ello, vulnera las disposiciones establecidas en los artículos 74 y 79 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al publicarse una serie de informaciones e imágenes que atentan contra la integridad personal y la salud mental de los niños, sin que previamente se cumplan con las previsiones establecidas en la referida Ley (...)”.

De esta manera y siguiendo el criterio jurisprudencial de esta Sala, debe afirmarse la responsabilidad que tienen los medios de comunicación social para divulgar la información de manera adecuada, considerando además las diferencias propias que se presentan dependiendo del público a quien se considerará destinatario de lo transmitido, teniendo previsión adicional si se trata de transmitir material con contenido pornográfico.

Ahora bien, observa esta Sala que los anuncios contenidos en los ejemplares del Semanario “El Herald” que constan en el expediente, ya señalados, contienen imágenes de alto contenido sexual, apreciándose una manifestación explícita del sexo, materializado por imágenes de mujeres con poco o sin vestuario, y en poses sugerentes y comprometedoras, las cuales incitan a la estimulación sexual con fines comerciales, sin observar la responsabilidad que tiene como medio de comunicación social, de transmitir información adecuada y por cuanto dicha publicación no solamente está dirigida a los adultos sino que además los niños, niñas y adolescentes pueden tener acceso al no existir ninguna advertencia o limitación en cuanto a su acceso; y sin establecer algún filtro o advertencia para evitar con ello que el contenido afecte el desarrollo psíquico-emocional de los mismos. Adicionalmente, dichas imágenes sexuales no contienen una advertencia, lo cual sí podría traer consecuencias negativas sobre la base de los instintos más básicos y así afectar los derechos constitucionales de los más vulnerables, esto son, los niños, niñas y adolescentes.

En estos términos también se expresó esta Sala Constitucional en la sentencia N° 1566 de fecha 4 de diciembre de 2012, caso: *Gustavo Morales Briceño*, en los siguientes términos:

(...) los medios de comunicación contribuyen al fortalecimiento de la conciencia social del colectivo por el grado de incidencia que tienen en la formación de la sociedad, pero que existen límites a su actividad y que no existe una insolvencia en su ejercicio puro, resguardada en la protección de la libertad de expresión, ya que lo relevante para apreciar el grado de tolerancia y afectación del derecho a la información, puede verificarse en atención a la proporcionalidad del fin ejercido, el cual, en el presente caso, pareciera ser la información de los servicios de una persona o el requerimiento de trabajadores con ciertas condiciones para el modelaje.

Sin embargo, cuando dicha información es acompañada con imágenes que son expuestas sin la debida advertencia y respeto de los derechos de un número indeterminado de ciudadanos que por su edad no deben apreciar esas imágenes explícitas, con un contenido de incitación sexual, ciertamente constituye un hecho de transgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de recibir una información adecuada y oportuna, que si bien atiende a criterios de apreciación subjetivos por quien los evalúe, existen unos elementos objetivos y éticos que deben regir la actuación de los medios de comunicación. (...)

Así, las publicaciones reproducidas en el Semanario “El Heraldó”, pudieran constituir pornografía, no por una valoración estética, sino por su finalidad de atraer a los lectores, mediante estas imágenes sexuales de carácter implícito o explícito; las cuales no deben ser presentadas libremente a niños, niñas y adolescentes, a quienes el Estado tiene la obligación constitucional de proteger.

En este sentido, es importante resaltar que cuando se utilice o se maneje este tipo de información acompañada de imágenes que son expuestas sin la debida advertencia, las cuales pueden ser vistas por un número indeterminado de ciudadanos que por su edad no deben ser apreciadas por su alto contenido sexual, ciertamente en estos casos se configura la trasgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de recibir una información adecuada y oportuna. Esta situación evidentemente puede atentar contra la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, al hacerse sin la previa advertencia de su contenido.

A tal efecto, la accionante solicita se apliquen las sanciones administrativas a que hubiere lugar y el retiro de circulación de las publicaciones pornográficas, con base en lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 236. Quien venda, suministre o entregue a un niño, niña o adolescente, libros, publicaciones y fotografías en contra de las regulaciones de los órganos competentes o material que haya sido clasificado como no apto para niños y adolescentes, será sancionado o sancionada con multa de treinta unidades tributarias (30 U.T.) a seiscientas unidades tributarias (600 U.T.).

En estos casos, procede igualmente, según la gravedad de la infracción, ordenar el retiro de circulación de la revista o publicación.”

Indicado lo anterior, esta Sala ordena el retiro de circulación de las publicaciones pornográficas, en razón de lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no solo contra ese Semanario sino contra todas las publicaciones periódicas para el público en general, de cuyo contenido se evidencie material pornográfico.

Así mismo, esta Sala prohíbe a la Sociedad Mercantil El Heraldó y al Grupo Mercantil 6° Poder 60, C.A., publicar cualquier ejemplar sea impreso o digital y aun por suscripción privada, de imágenes que contengan carga o contenido sexual explícito o implícito, bien sea mediante imágenes, fotos o anuncios publicitarios y remitan a direcciones electrónicas que puedan ser consultadas libremente por niños, niñas y adolescentes. Así se declara.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala declara con lugar la pretensión de la parte actora relativa a efectuar el cierre del Semanario Deportivo “El Heraldó”, en virtud de que dichas publicaciones tienen un carácter pornográfico; así mismo, prohíbe la divulgación de toda imagen de contenido sexual implícito o explícito de los anuncios publicitarios en los medios impresos exhibidos públicamente a los niños, niñas y adolescentes. Esta limitación se extiende a todos los medios impresos que sean de libre acceso a niños, niñas y adolescentes. Así se decide.

Por consiguiente, se ordena a la parte accionada, al editor del referido Semanario, a los representantes del Grupo Editorial 6° Poder, C.A. y a las autoridades nacionales por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Información y Comunicación recoger y/o ordenar el bloqueo digital de cualquier ejemplar del referido semanario que contenga material pornográfico y haya sido distribuido con fines comerciales.

Por su parte, de conformidad con nuestra Constitución, específicamente en el artículo 2 que establece un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y siendo ésta Sala el

guardían por excelencia del cumplimiento de los mandatos constitucionales y por tanto obligada a garantizar su efectivo cumplimiento, exhorta al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información y a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) para que, haciendo la búsqueda respectiva, imponga las sanciones pertinentes a los fines de la cancelación de las direcciones electrónicas de contenido pornográfico explícito o implícito. Así se declara.

Asimismo, se remite al Ministerio Público, copia certificada de la presente decisión para que, en ejercicio de sus atribuciones, inicie la apertura de una investigación a los efectos de determinar si con ocasión de esta difusión impresa o digital del semanario *El Herald* y de otras publicaciones del Grupo Editorial 60, C.A., se ha incurrido en delitos o faltas que pudieran ofender a las mujeres representantes de cargos públicos. Así se decide.

3. *Derechos Políticos*

A. *Derecho a la participación política*

Democracia representativa. Derecho al sufragio. Elección en segundo grado de las juntas parroquiales. Derecho a la participación

TSJ-SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala considera que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 sobre la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal a lo dispuesto en el artículo 63 *eiusdem*, referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que “este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública,” para concluir que la forma de elección indirecta de los miembros de las Juntas parroquiales establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no quebrantan el derecho constitucional al sufragio.

Las mencionadas disposiciones [*artículos 35, 36, la Disposición Transitoria Segunda y demás artículos relacionados con el sistema electoral de las Juntas Parroquiales de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010*] han sido el común denominador de las pretensiones expuestas en los recursos de nulidad. Asimismo, salvo con algunas variantes, se han adicionado otras normas electorales, tales como la falta de posibilidad de reelección de los Alcaldes y la edad a partir de la cual se puede asumir el sufragio activo y pasivo para las Juntas Parroquiales.

Sobre este particular, todas las demandas de nulidad denunciaron la infracción de los artículos 35 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 35.- La parroquia tendrá facultades consultivas, de evaluación y articulación entre el poder popular y los órganos del Poder Público Municipal.

Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio, la parroquia será coordinada por una junta parroquial comunal integrada por cinco miembros y sus respectivos suplentes cuando corresponda a un área urbana y tres miembros y sus respectivos suplentes cuando sea no urbana, elegidos o elegidas para un período de dos años. Todos electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la parroquia respectiva, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, quienes en dicha elección deberán ser fiel expresión del mandato de sus respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas.

Para la revocatoria del mandato de los o las integrantes de las juntas parroquiales comunales, se aplicarán las condiciones y el procedimiento establecido para los voceros y voceras de los consejos comunales, dispuestos en la ley que regula la materia.

Segunda. Pasados treinta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, cesan en sus funciones los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarías, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes; garantizándose la estabilidad laboral del personal administrativo, empleado y obrero, de acuerdo con las normativas que rigen la materia”.

Adicionalmente, la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo y la Alcaldía del Municipio Chacao solicitaron la nulidad de los artículos 36 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, respectivamente. Los preceptos invocados son:

“**Artículo 36.-** Para ser miembro de la junta parroquial comunal, se requiere ser venezolano o venezolana mayor de quince años de edad, tener residencia en la parroquia, estar avalado por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas de su respectivo consejo comunal. Los extranjeros o extranjeras residentes en la parroquia deberán cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución de la República”.

“**Artículo 82.-** El período de los alcaldes y alcaldesas, concejales y concejales electos o electas es de cuatro años. La elección de los mismos será necesariamente separada de la que deban celebrarse para elegir los órganos del Poder Público Nacional”.

Los fundamentos sobre los cuales se basan los requerimientos de la nulidad son: (i) el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de la Juntas Parroquiales; (ii) la falta de regulación en las disposiciones transitorias con respecto a la situación de las juntas parroquiales luego del cese del período correspondiente a su ejercicio de funciones, el cual culminaba en el 2010; (iii) la implementación de la edad mínima de quince (15) años como votante y elegible para la Juntas Parroquiales; (iv) la falta de previsión por vía legal de la reelección de los Alcaldes en los términos señalados en la enmienda constitucional; y (v) el sometimiento de los miembros de las juntas parroquiales al procedimiento de revocatoria de mandato aplicable a los voceros y voceras de los consejos comunales.

En primer orden, se puede apreciar de la lectura de los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Poder Público, que los miembros de las juntas parroquiales comunales, son electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, razón por la cual, la escogencia o elección que realicen los voceros y voceras de los consejos comunales deberá corresponder al mandato formulado por las respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas, por lo que afirman los recurrentes que ello constituye el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de la Juntas Parroquiales, razón por la que se hace necesario hacer referencia al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

“**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”.

“**Artículo 63.-** El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Al respecto, la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que “*la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercidos de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública*”.

Asimismo, la referida exposición de motivos postula que es imperativo “*concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la Sociedad, para devolverle a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta a este Capítulo referido a los derechos políticos*”.

Sobre este particular, esta Sala Constitucional sostuvo en su sentencia N° 1050 del 23 de agosto de 2000, caso: *Ruth Capriles Méndez y otros*, [Véase *Revista de derecho Público* N° 83 de julio-septiembre 2000, pp. 182-184] lo siguiente:

“(…) la Sala refleja una sana interpretación del principio de participación ciudadana, que rige en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999. En efecto, el Preámbulo constitucional expresa que uno de los fines mismos de la Constitución es establecer una sociedad participativa y protagónica, esto es, una sociedad integrada por ciudadanos que en forma activa intervengan en la vida nacional, desde todo punto de vista. La participación y el protagonismo ciudadano son manifestaciones del ejercicio de la soberanía popular, sobre la cual es creada la República, y que se ejercerá en forma directa –según la Constitución y las leyes– o indirecta –mediante el sufragio y por los órganos que ejercen el Poder Público– (artículo 5 de la Constitución). Esta noción se repite en el artículo 62 *eiusdem*, al señalarse que ‘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’. En una forma más específica, el artículo 70 constitucional enumera cuáles son los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, tanto en lo político (*numerus apertus*) como en lo social y económico (*numerus clausus*). En efecto, dicha norma reza:

‘Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la co-gestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo’. No se trata de una participación anárquica o arbitraria, sino fundada en las vías legales. Así, con base a la ley, formar, ejecutar y controlar la gestión pública, los ciudadanos tienen el derecho al sufragio (artículo 63 de la vigente Constitución), el control sobre las personas que se postulan a cargos de elección popular (artículo 65 *eiusdem*), a que los representantes del pueblo rindan cuentas de su gestión (artículo 66 *eiusdem*), así como otros muchos derechos que otorga la Constitución a los ciudadanos”.

Así, en relación con las diversas formas de participación que otorgan a los ciudadanos, múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, esta Sala en sentencia n.º 1613 del 17 de agosto de 2004, caso: *Henry Pereira Gorrín*, sostuvo que:

“(…) esta Sala advierte que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución, encomienda al Estado y a la sociedad el facilitar las condiciones que permitan la participación de todos los ciudadanos en la formación, ejecución y control de la gestión pública como medio para lograr la sociedad democrática, participativa y protagónica proclamada en el preámbulo del Texto Fundamental.

Así, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. Del mismo modo, el referido precepto constitucional [artículo 62], contiene un mandato a los Poderes Públicos a fin [de] establecer la sociedad democrática, participativa y protagónica formulada en el mismo preámbulo de la Constitución, para lo cual, el artículo 70 constitucional enuncia, de manera amplia, los campos en los cuales es ejercitable dicho derecho, no sólo en lo político sino también en lo económico y lo social.

Estas diversas formas de participación otorgan a los ciudadanos múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, de manera que los medios o modos de participación enunciados son únicamente algunos de los que permiten el ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 de la Constitución ‘...**La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo**’, por lo que este derecho sólo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta a objeto de regular su ejercicio”.

Más recientemente, esta Sala, con fundamento en los avances surgidos en materia electoral, que dan cuenta de una nueva concepción en materia de participación, cuyo origen se remonta a la entrada en vigencia de nuestro texto constitucional en el año 1999, estableció que el Texto Constitucional tiene como eje principal establecer una sociedad participativa y protagónica que busca garantizar a los ciudadanos su intervención de manera efectiva en todos los ámbitos del acontecer nacional ha establecido un nuevo enfoque respecto al alcance de las normas constitucionales previstas en los mencionados artículos 62 y 63 del Texto Fundamental. (*Vid.* Sentencia N° 1606 del 19 de noviembre de 2013, caso: *Asociación de Profesores Universitarios de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez* [Apunestr]).

De esta manera, al referirse al postulado constitucional de participación popular en los temas políticos del Estado, ha señalado la Sala, que ello responde a una consecuencia obligada de los principios democráticos definidos en la Constitución, donde se entiende que los poderes del Estado emanan del pueblo, con lo cual se reconoce la participación de los ciudadanos y ciudadanas, a través de una serie de derechos establecidos en la Carta Magna, orientados al cumplimiento de los fines primordiales de los poderes públicos.

Ahora bien, esta intervención se concreta en un derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural, no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de las ciudadanas y ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional, lo que implica una nueva concepción de desarrollo integral que asume la preeminencia de los valores humanos y privilegia la participación de la población en el proceso de desarrollo económico y social, reivindicando así el papel de los sujetos sociales en la formulación de políticas y programas de acción pública. (*Vid.* Sentencia N° 1606/2013).

Establecido lo anterior, cabe precisar lo previsto en el artículo 70 del Texto Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y **la asamblea de ciudadanos y ciudadanas** cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo. (Resaltado agregado)

De la lectura de la norma constitucional antes transcrita se puede apreciar que, en lo político, la asamblea de ciudadanos y ciudadanas es un medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, que permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961. (*Vid.* Sentencia N° 752 del 5 de mayo de 2005, caso: *Corporación Maraplay, C.A.*).

En este orden de ideas, el proceso de formación e instalación de la asamblea de ciudadanos y ciudadanas a que hacer referencia el artículo 70 constitucional, comprende el cumplimiento de un conjunto de pasos para que los habitantes de una localidad, en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución, se constituyan como instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación, el protagonismo popular y medio de participación de carácter deliberativo en la que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a participar por sí mismos, en tanto que sus decisiones son vinculantes para todos los órganos y entes públicos, así como para el Consejo Comunal respectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Popular (G.O. Extraordinaria N° 6.011 del 21 de diciembre de 2010), el cual señala lo siguiente:

“Artículo 8.- A los efectos de la presente Ley se entiende por:

1. Asamblea de ciudadanos y ciudadanas: Máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada, conformada por la integración de persona con cualidad jurídica, según la ley que regule la forma de participación, para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público, de acuerdo a lo que establezcan las leyes que desarrollen la constitución, organización y funcionamiento de los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de éstos surjan”.

De las normas legales y constitucionales antes referidas, así como de los criterios de esta Sala Constitucional transcritos *supra*, se puede apreciar, sin duda alguna, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, que en armonía con lo establecido en el artículo 70 constitucional permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que ambas formas de participación política, tanto pasiva como activa, pueden coexistir libremente y se aplican de una u otra forma de acuerdo a lo establecido en la ley, siendo en este caso, la Ley Orgánica del

Poder Público Municipal de 2010, el texto legal que prevé dicha forma, la cual interpreta esta Sala como un derecho de participación que se ajusta a las nuevas directrices en nuestro ordenamiento jurídico a partir del vigente Texto Constitucional de 1999, orientada a establecer una sociedad participativa y protagónica, donde se busca la intervención plena del colectivo a través de las asambleas de ciudadanas y ciudadanos, en forma activa y pasiva para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunes.

De esta manera, reitera esta Sala que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 constitucional, a la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal y concatenarlo de forma exclusiva con el artículo 63 *eiusdem*, referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que “*este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública*” y, en definitiva, sería contrario al esquema rector que inspira la Carta Magna desde su creación, cual es, sentar las bases para desarrollar una democracia participativa, en la que la intervención de la sociedad resulta determinante en las distintas fases de la gestión pública.

En razón de lo antes expuesto, esta Sala determina la inexistencia de los vicios denunciados contra el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que respecta a la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunes, al precisar que no quebrantan el derecho constitucional al sufragio denunciado por las partes recurrentes. Así se decide.*

B. *Derechos de las organizaciones políticas. Postulación de candidatos*

TSJ-SE (165)

5-10-2017

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Omar Ávila Hernández. Interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales “...el cual regula el derecho de las organizaciones con fines políticos de sustituir o modificar las postulaciones de candidatos en un proceso electoral”.

...Así, el solicitante señala que “(...) las distintas organizaciones políticas postulantes en el proceso comicial de Gobernadores y Gobernadoras convocado para el 15 de octubre de 2017, han denunciado que el Consejo Nacional Electoral ha impedido las sustituciones de candidatos y candidatas postulados por aquellos que resultaron electos en elecciones primarias de la Mesa de la Unidad Democrática, visto que el sistema de postulaciones se encuentra inhabilitado. Esta situación generada por el Poder Electoral ocasiona una incertidumbre en los electores y electoras de estar informados sobre la oferta electoral para dichos comicios en ejercicio del derecho constitucional al sufragio”.

Agrega el solicitante que “(...) se aprecia que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en su artículo 63 dispone que se podrán modificar las postulaciones **hasta 10 días antes de ocurrir el acto electoral y que a tales efectos el CNE tomará las medidas para informar a los electores y las electoras sobre la modificación o sustitución realizada**” (negritas de la cita).

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.”, publicados en la revista N° 149-150, primer semestre 2017.

En sentencia de la Sala Constitucional número 2.855 del 20 de noviembre de 2002, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92, Enero-Diciembre 2002, p. 375 y ss.] se estableció que “...*el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables...*”.

De este modo, la resolución de la duda planteada exige tomar como imprescindible parámetro constitucional de referencia el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su tercer párrafo establece:

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas.

Al respecto, la norma constitucional contempla el derecho a la participación de las organizaciones con fines políticos en los procesos electorales de cargos de elección popular por medio de la postulación o inscripción de sus candidatos o candidatas. El ejercicio de este derecho se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Procesos Electorales publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.928 Extraordinario, de fecha 12 de agosto de 2009.

Ahora bien, la norma legal cuya interpretación se solicita establece en su primera parte, lo siguiente:

Artículo 63. Las organizaciones postulantes podrán modificar las postulaciones que presenten y, en consecuencia, sustituir candidatos o candidatas hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral.

Aprueba la Sala en primer lugar que la norma legal transcrita dispone el derecho de las organizaciones postulantes en un proceso comicial, entre ellas, las organizaciones con fines políticos, de modificar o sustituir las postulaciones de candidatos o candidatas que presenten ante los órganos del Poder Electoral.

Asimismo, establece que, hasta diez (10) días antes de la realización del acto electoral de votación, se puede modificar o sustituir la postulación presentada; ello significa que bajo ningún concepto dichas modificaciones o sustituciones pueden realizarse más allá del límite máximo señalado.

En ese sentido, observa esta Sala que dicha disposición legal prevé una condición de orden temporal para la presentación de modificaciones o sustituciones de las postulaciones realizadas, lo cual es de particular interés para el planteamiento del solicitante, por lo que esta Sala estima que la interpretación de la norma en cuestión no puede hacerse de forma aislada, y sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de manera concatenada con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico.(...)

De dicho cronograma se observa que el Consejo Nacional Electoral dispuso la fase de “*Sustitución y Modificación de las Postulaciones Nominales*” por el término de un día (16 de agosto de 2017), estableciendo como fundamento los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y 162 de su Reglamento.

El referido artículo 63 otorga, por una parte, el derecho de las organizaciones postulantes de sustituir o modificar las inscripciones de candidatos o candidatas presentadas, y de otra, el mandato del legislador al órgano rector electoral de no exceder el límite máximo temporal de “*hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral*” para la fijación de la mencionada fase en el cronograma electoral respectivo.

Por ello, debe precisar la Sala que la sola previsión del legislador en cuanto al límite de orden temporal no condiciona al Consejo Nacional Electoral para establecer el transcurso del período de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales. La fijación de la oportunidad para el cambio o modificación de postulación de candidatos o candidatas corresponde al órgano rector electoral, el cual podrá establecerla mediante lapso o término que apreciará de acuerdo a las particularidades y requerimientos técnicos de cada proceso electoral, siempre y cuando no sobrepasen los diez días anteriores al acto de votación.

De tal manera que el ejercicio del derecho a realizar modificaciones a las postulaciones establecido por el legislador en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales se encuentra precedido por la fijación en el cronograma electoral correspondiente de la temporalidad de la mencionada fase del proceso electoral.

Así, si bien el examen o análisis del cronograma electoral para la elección de gobernadores y governoras de los estados publicado por el Consejo Nacional Electoral no constituye el objeto de la presente causa, debe advertir que el mismo contiene la oportunidad cierta para ejercer el derecho de modificar o sustituir las postulaciones realizadas por las organizaciones participantes.

Expuesto lo anterior, circunscribiéndose la Sala a la solicitud planteada por el recurrente, se debe afirmar que el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales debe interpretarse en el sentido que *el Consejo Nacional Electoral puede establecer la oportunidad para la ejecución de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales, siempre y cuando no exceda el límite máximo temporal de diez días anteriores a la ocurrencia del acto electoral, atendiendo a las particularidades y requerimientos técnicos del proceso electoral de que se trate.* Así se declara.

C. *Democracia representativa. Derecho pasivo al sufragio. Edad para integrar juntas parroquiales*

TSJ-SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala Constitucional consideró ajustada a la Constitución la elección de menores de edad para integrar las Juntas parroquiales, con base en el derecho a la participación de los niños y adolescentes.

Respecto a la pretensión de nulidad invocada contra el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la representación de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo cuestionó que los ciudadanos a partir de los quince (15) años de edad adquieran el derecho de ser personas elegibles como miembros por considerar que vulnera el límite impuesto por el artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre este particular, considera la Sala necesario precisar que con fundamento en las disposiciones previstas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que

entraron en vigor a partir del 13 de octubre de 1990, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dio inicio, entre otros importantes aspectos, a la transformación de la realidad política, social y jurídica de nuestro País, en la que se incorpora un amplio catálogo de derechos humanos, sin precedente en la historia constitucional venezolana.

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, así como la ampliación del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, son sólo algunos de los avances en derechos humanos que se han visto incorporados al texto constitucional.

Así, los artículos 78 y 79 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente:

“Artículo 78.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

“Artículo 79.- Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley”.

Las normas constitucionales transcritas establecen un conjunto de derechos recogidos igualmente en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que entró en vigencia en el año 2000, en la cual se reconoció en los niños, niñas y adolescentes su condición de sujetos de derecho y, por ende, de gozar de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.185, se reconocen sus derechos políticos, tal como se puede apreciar de las disposiciones previstas en los artículos 3, 10, 81, 83, 84, 85 y 96 que establecen lo siguiente:

“Artículo 3.- Principio de igualdad y no discriminación.

Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición de los niños, niñas o adolescentes, de su padre, madre, representante o responsable, o de sus familiares”.

“Artículo 10.- Niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho.

Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

“Artículo 81.- Derecho a participar.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

El Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños, niñas y adolescentes y sus asociaciones”.

“Artículo 83.- Derecho de manifestar.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de manifestar pacíficamente y sin armas, de conformidad con la ley, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables”.

“Artículo 84.- Derecho de libre asociación.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, económicos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:

- a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos.
- b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niños, niñas, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.

Parágrafo Primero. Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables.

Parágrafo Segundo. A los efectos del ejercicio de este derecho, todos los y las adolescentes pueden, por sí mismos o sí mismas, constituir, inscribir y registrar personas jurídicas sin fines de lucro, así como realizar los actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas.

Parágrafo Tercero. Para que las personas jurídicas conformadas exclusivamente por adolescentes puedan obligarse patrimonialmente, deben nombrar, de conformidad con sus estatutos, un o una representante legal con plena capacidad civil que asuma la responsabilidad que pueda derivarse de estos actos”.

“Artículo 85.- Derecho de petición.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad, funcionaria o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables”.

“Artículo 96.- Edad mínima.

Se fija en todo el territorio de la República la edad de catorce años como edad mínima para el trabajo. El Poder Ejecutivo podrá fijar, mediante decreto, edades mínimas por encima del límite señalado, para trabajos peligrosos o nocivos.

(...omissis...)

Las normas transcritas se encuentran alineadas con los derechos políticos universalmente reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que regula el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión e información, derecho a opinar libremente y el derecho a la libre reunión y asociación.

Así, al igual que en la referida Convención, el ejercicio de estos derechos se entiende como un proceso progresivo y evolutivo que requiere la orientación de sus padres, madres o representantes legales.

De esta manera, cabe destacar que, si bien en el artículo 81 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2015, se reconoce el derecho a la participación libre, activa y plena de los niños, niñas y adolescentes, la misma queda circunscrita a sus ámbitos inmediatos de socialización: escuela, familia y comunidad; mientras que la acción en el campo político quedaría expresada como un proceso gradual y conducente a su ciudadanía activa y pasiva, en donde el Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar la participación de la niñez y adolescencia.

En conexión con lo expuesto, el reconocimiento explícito del derecho a opinar de los niños y adolescentes, en el ámbito estatal, así como también en el comunitario representa un elemento que amplía las posibilidades y formas de participación política activa y pasiva, en los términos previstos en el artículo 80 *eiusdem*, referido al derecho a la libertad de opinión en los asuntos en que tenga interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo, los cuales se extienden a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Por otro lado, en los artículos 83, 84 y 85 de la mencionada Ley, referidos a los derechos a manifestar, a la libertad de asociación y al derecho de petición, el legislador hizo referencia explícita a la incorporación de los aspectos políticos en el desarrollo y formación de los niños y adolescentes, al reconocer la posibilidad de expresar libremente sus ideas, de asociarse con fines políticos, y de instar a la Administración para que emita un pronunciamiento sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Con el derecho de petición se abre otro espacio de participación política de la niñez y adolescencia, al promoverse un vínculo directo entre estos sectores y las instituciones públicas, que se complementa (*ex-artículo 81 eiusdem*) con el derecho que tienen de participar libre, activa, pasiva y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y pasiva, a través de su participación en la comunidad organizada en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular sin más limitaciones que aquellas establecidas en la Ley.

En este sentido, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales establece en su artículo 7, en concordancia con lo previsto en el artículo 21 de la misma Ley, que la conformación de las asambleas de ciudadanos se realizará con la participación mínima del diez por ciento (10%) de los habitantes de la comunidad mayores de quince (15) años. Igualmente, el artículo 15 *eiusdem* prevé que, para postularse como vocero o vocera del consejo comunal, así como para ser integrante de la comisión electoral se requiere, entre otros requisitos, que la persona sea mayor de quince (15) años.

La misma edad, como rango mínimo, es requerida en los artículos 40 y 41 de la referida Ley, respecto a las personas que pueden solicitar la revocatoria de los voceros y voceras de los consejos comunales.

De esta misma manera, el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Comunas establece como requisito para ser miembro del Parlamento Comunal ser mayor de quince (15) años. Por su parte, el artículo 38 de la referida Ley establece que para ser vocero o vocera del Consejo de Economía Comunal es necesario tener más de quince (15) años. En este mismo sentido, el artículo 57 *eiusdem*, prevé que los habitantes del ámbito comunal que elegirán los jueces y juezas comunales, a través del voto universal, directo y secreto deberán ser mayores de quince (15) años; lo cual se establece de la misma manera para la reforma de la carta fundacional del consejo comunal.

Precisado lo anterior, aprecia la Sala que el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido un conjunto de reglas que, con fundamento en el mandato constitucional previsto en los artículos 78 y 79 del Texto Fundamental, promueven la incorporación progresiva de los adolescentes mayores de quince (15) años a la ciudadanía activa y reconocen su derecho de ser sujetos activos en el proceso de desarrollo del nuevo modelo político, permitiendo su incorporación en el marco constitucional que recoge los aspectos fundamentales de la democracia participativa y protagónica, y a su vez la articulación e integración con otros ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias y demás movimientos sociales para que formen parte en la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder las necesidades y aspiraciones de las comunidades en las que hacen vida estos adolescentes.

Como consecuencia de lo antes expuesto, considera esta Sala que la referida norma de ninguna manera vulnera el límite impuesto por el artículo 64 del Texto Fundamental. Así se declara.*

4. *Derechos sociales y de la familia*

A. *Derecho de los niños y adolescentes: Autorización para viajar*

TSJ-SC (736)

25-10-2017

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Isabella Magual Bravo vs. Decisión Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

...En virtud del asunto planteado y sin perjuicio de la decisión que antecede, en relación a la autorización judicial de viaje al extranjero de niños, niñas y adolescentes, prevista en el

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario" y de José Ignacio Hernández "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.", publicados en la Revista N° 149-150, primer semestre 2017.

artículo 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, solicitada –excepcionalmente– por vía de amparo constitucional, esta Sala Constitucional pasa a hacer las siguientes consideraciones:

Observa la Sala que la solicitud de permiso para viajar cuando no ocurre de manera voluntaria y natural entre los progenitores requiere de la intervención judicial para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, si es el caso, instancia que dictará la decisión acorde a los elementos de convicción presentados y en atención al interés superior del niño, así como a las instituciones familiares establecidas a favor de éste; es así como debido al alto grado de conflictividad entre quienes ejercen conjuntamente la maternidad y la paternidad de hijos menores, una actividad propia de la dinámica familiar como lo es viajar para el encuentro familiar, recreación y entretenimiento se torna compleja, siendo el principal argumento para negarla voluntariamente u oponerse a ella en la vía jurisdiccional, el temor del progenitor que la niega o se opone, un cambio intempestivo de domicilio del niño, niña o adolescente lo cual devendría en una afectación del contacto personal y actividades inherentes a la relación de crianza. Aunado a ello, no puede limitarse el ejercicio de los derechos del niño y los de su familia por actitudes arbitrarias del progenitor en desacuerdo con el viaje, de domicilio desconocido, imposible ubicación o ausente para autorizarlo.

Al respecto, considera esta Sala necesario traer a colación el criterio vinculante, en relación a la solicitud de las autorizaciones judiciales para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, establecido mediante sentencia N° 1953 del 25 de julio de 2005, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 103 Julio-septiembre 2005, p. 130] en la cual se expuso lo siguiente:

Debe la Sala puntualizar que, aunque el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente nada dice, lo planteado en el fondo es un asunto que rebasa el simple otorgamiento del permiso, lo que podía compararse a un acto administrativo, ya que quien acude ante el juez, sea el padre o el adolescente, lo hace para hacer valer derechos contra el otro padre.

Conforme al citado artículo 393, pueden acudir ante el juez:

- 1) El padre que quiere que el hijo viaje, ante la negativa de consentimiento del otro, o el desacuerdo de éste sobre el viaje.
- 2) El padre que no quiere que el hijo viaje, ante la posibilidad de separación del hijo del sitio donde vive.
- 3) El adolescente que quiere viajar, ante la negativa o el desacuerdo del o de los padres que pueden otorgar el permiso.

En los tres casos, aplicables también a aquél que representa al menor y que no es su padre, como el tutor, por ejemplo, la autorización o negativa del juez obedece a reconocer un derecho o en cabeza del peticionante o en quien niega el permiso. Tal derecho emana directamente de la Constitución y de instituciones como la patria potestad y la guarda, y el reconocimiento de ese derecho, para impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea arbitrario y que se ajuste al sentido y alcance de las normas citadas en este fallo, debe ser precedido de una etapa de conocimiento que incluye contradictorio y pruebas, por lo que hay que citar a la contraparte del peticionante, ya que entre ambos existe una contención y una oposición de derechos.

Se trata de un proceso contencioso, donde se declara un derecho contra alguien, y que con respecto a la situación planteada produce cosa juzgada. No debe confundir el que el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señale como comienzo del proceso el que el accionante “exponga la situación”, ni que el fallo que se dicte no tenga casación a tenor de lo previsto en el ordinal 2° del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

A juicio de la Sala, estamos ante un proceso especial contencioso, que debe ventilarse según las normas del proceso de guarda, ya que en el fondo lo discutido pertenece a elementos de la guarda, cual es la custodia y vigilancia del menor, tal como lo señala el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al expresar el contenido de la guarda.

Por otra parte, las oposiciones al permiso o autorización para viajar, a juicio de la Sala, no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, contrae una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley “*debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título*” (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).

En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje.

Conforme a lo expuesto, esta decisión debe ser tomada con base en los artículos 75 y 76 Constitucionales que marcan las pautas del interés superior del niño, niña y adolescente, y que no sólo otorgan derechos a éstos, sino deberes irrenunciables a los padres. En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez, a fin de que éste decida lo que convenga, el juez para tomar la decisión, debe hacerlo oyendo a los padres y al niño, niña o adolescente, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el menor no sea desarraigado de su familia, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella; razones por las cuales al juez debe probarse de cuál es la verdadera situación del niño, niña o adolescente viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el sujeto para quien obrara la autorización, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

En este orden, el juez puede imponer condiciones para el viaje, garantizarle al padre que queda en el país la accesibilidad al hijo, las facilidades para comunicarse con él, y que su incumplimiento puede entenderse como traslado o retención ilícita del menor a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Todo esto responde a la necesidad de que el niño, niña o adolescente pueda ser ubicado, y al acceso a él de sus padres, como deber de Estado de protección de la familia como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus diversos poderes entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Por su parte, el artículo 485 de la mencionada ley, respecto de la sentencia, establece la obligatoriedad para los jueces y juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, concluidas las actividades procesales en la audiencia de juicio, de “... *pronunciar su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho...*”. (Resaltado de esta Sala).

Ello así, la Sala considera oportuno precisar que en esta especial materia en procura del interés superior del niño, en defensa de la esfera de derechos y garantías constitucionales susceptibles de vulneración y de los sujetos de protección, la acción de amparo constitucional se instituye como un medio de carácter excepcional, apreciada la inminente violación o amenaza de violación de estos derechos y garantías, toda vez que el procedimiento idóneo previsto por el legislador para la resolución judicial de las solicitudes de autorización de viaje al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes es el establecido en los artículos 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a menos que como se estableció de manera excepcional, las circunstancias demuestren que de tramitarse a través del procedimiento ordinario se haría ilusorio el fallo que se dicte.

Estima oportuna esta Sala, traer a colación lo expuesto por el profesor Levis Ignacio Zerpa, respecto a la motivación de las sentencias “...*la motivación judicial, por sus exigencias de racionalidad, de razonabilidad y de objetivo para establecer diferencias entre la juridicidad y la arbitrariedad. Las buenas motivaciones judiciales son instrumentos eficaces de pedagogía democrática para acercar cada vez más el pueblo a la comprensión y valoración de la justicia que en los Tribunales se imparte...*”. (El Nuevo Poder Judicial Venezolano. Dr. Levis Ignacio Zerpa, Caracas 12 de enero de 2000, pp. 19 y 20).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, al Juez al que corresponda, el conocimiento sobre la solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto para el procedimiento ordinario, en virtud de los sujetos de protección, de los derechos que se resguardan y dados los efectos de cumplimiento y acatamiento inmediato del mandamiento de amparo -artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- que para estos casos de otorgar o negar la medida preventiva de autorización judicial para viajar al extranjero, deberá motivar sucintamente su sentencia expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el pronunciamiento judicial se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la referida ley y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

Dicho criterio se hace extensivo a las decisiones en apelación que admitiendo un recurso de apelación suspenda cautelarmente la autorización impugnada.

Declarado lo anterior, Esta Sala, visto que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo sobre uno de los elementos que conforma la institución familiar de la responsabilidad de crianza de niños, niñas y adolescentes, como lo es la autorización judicial de viaje al

extranjero a favor de éstos, se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal. En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal constitucional aún no hubiere emitido pronunciamiento. Así se declara.

VI

DECISIÓN

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

PRIMERO: EL DECAIMIENTO DEL OBJETO en la apelación interpuesta el 17 de enero de 2017, por la apoderada judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 12 de enero de 2017, que autorizó el viaje de la niña cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente junto a su madre la ciudadana Isabella Magual Bravo; sentencia que queda **FIRME**.

SEGUNDO: RESUELVE con carácter vinculante a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial:

Que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

TERCERO: ACUERDA la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal, en cuyo sumario deberá indicarse: *“Sentencia de la Sala Constitucional a través de la cual se establece que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que se fundamenta”*.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 25 días del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

Voto vinculante Magistrada Lourdes Benicia Suarez Anderson

Quien suscribe, **Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson**, conforme a la previsión contenida en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, concurre con la presente decisión por los siguientes motivos:

Esta Sala conoció el recurso de apelación interpuesto en fecha 17 de enero de 2017, por la representación judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2017 por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional que declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo y en consecuencia, decretó autorización judicial provisional para viajar al exterior a la niña –identidad omitida– con su madre desde el Aeropuerto de Maiquetía hacia la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norte América, todo ello con ocasión a la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo contra la decisión proferida el 8 de diciembre de 2016 por el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que negó la medida preventiva de autorización para viajar.

En este sentido, se comparte la decisión de la mayoría sentenciadora respecto al decaimiento del objeto de la presente acción de amparo constitucional incoada, toda vez que la ciudadana Isabella Magual Bravo –accionante en amparo y madre de la niña– regresó a Venezuela el 31 de enero de 2017, con su hija consignando para ello copias fotostáticas del pasaporte.

Sin embargo, no se comparte el criterio asumido por la mayoría sentenciadora respecto al *obiter dictum* por cuanto se establece con carácter vinculante “(...) *que en todas aquellas decisiones emitidas con ocasión a la interposición de un amparo constitucional en el marco de una solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, el juez o la juez constitucional culminada la audiencia respectiva deberá motivar sucintamente su pronunciamiento judicial expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el fallo emitido debe manifestar el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala en materia de amparo constitucional, ordenando en consecuencia, la publicación del presente criterio interpretativo en Gaceta Oficial y en Gaceta Judicial (...)*”.

Al respecto, quien concurre manifiesta que todos los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes, dada su especialidad sobre la materia, están en el deber ineludible de constituir el proceso como un instrumento para la realización de la justicia con miras a velar y proteger con prioridad absoluta el interés superior y el ejercicio progresivo de los derechos y garantías de esta población susceptible de vulnerabilidad, para lo cual deberán resolver –así conozcan en sede constitucional– todos los casos sometidos a su consideración valorando para ello los indicios o elementos probatorios que resulten de los autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí para así tomar una decisión ajustada a derecho, todo ello de conformidad con los artículos 452, 476 y 488-D, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en plena sintonía con lo dispuesto en los artículos 243 y 510 del Código de Procedimiento Civil, así como con las disposiciones contenidas en los artículos 17, 32 y 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Por ello, quien concurre no aprecia la necesidad del *obiter dictum* aprobado por la mayoría sentenciadora como un complemento que corrobore la decisión principal, por cuanto no se evidencia claramente si se efectúa en razón de una realidad por parte de los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes en dar un tratamiento distinto a un supuesto de hecho similar, conforme a lo previsto en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección

de Niños, Niñas y Adolescentes (autorización por parte del juez para la salida del país de un niño, niña y adolescente, en virtud del desacuerdo de uno de sus progenitores), caso en el cual esta Sala pudiera efectuar las consideraciones o precisiones a que hubiere lugar, si fuere el caso, situación que no se desprende de lo narrado en el presente asunto, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, así como la jurisprudencia Patria prevé los elementos necesarios y suficientes para que los jueces y las juezas de protección de niños, niñas y adolescentes decidan con apego a la ley, debiendo en efecto expresar concisamente las razones de su decisión en las actas de las audiencias constitucionales.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente, a la fecha *ut retro*

B. *Alimentación complementaria. Lactancia materna*

TSJ-SC (991)

30-11-2017

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: PDVSA Petróleos de Venezuela, S.A.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen *supra*, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo.

No obstante a la decisión anterior, le corresponde a esta Sala Constitucional, dada la progresividad de los derechos que han ido evolucionando de manera acelerada desde la promulgación de nuestra Carta Magna de 1999, así como la trascendencia colectiva nacional tanto en materia laboral como de familia, teniendo como norte la necesidad de establecer una regulación uniforme de la materia que conlleve a la disminución y posterior eliminación de la discriminación laboral femenina (sobre todo en edades reproductivas) en la selección de personal así como internamente en las instituciones laborales, aclarar el alcance de la norma prevista en el artículo 2 de la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna.

En este sentido, el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé la protección tanto a la paternidad como a la maternidad, estableciendo la garantía de que Estado brindará los medios para garantizar la asistencia y protección de la maternidad.

Asimismo, el artículo 78 *eiusdem* desarrolla lo relativo al interés superior del niño, entendiéndose éste como un principio fundamental que orienta todo lo relacionado a la niñez. En este sentido esta Sala se pronunció al respecto en la sentencia número 1917, de fecha 14 de julio de 2003, estableciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Dentro de este ámbito de protección, por el hecho mismo de la maternidad, tanto el padre como la madre tienen el deber de mantener, educar e instruir a sus hijos menores de edad. De estas obligaciones se desprende tácitamente el deber de alimentar el hijo menor de edad por parte de los padres.

Con el cumplimiento de dicha obligación se garantiza derechos esenciales para el desarrollo integral del niño y del adolescente, tales como: Nivel de vida adecuado (artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), salud y servicio de salud, educación y recreación (artículos 4, 53 y 61 *eiusdem*). (Héctor R. Peñaranda. *Derecho de Familia*, Apuntes Luz, 2013).

Consecuente con la garantía de protección general de la maternidad y del devenir correcto del niño a través del interés superior de éste, establecidos a partir de la promulgación del Texto Constitucional de 1999, el Estado ha realizado un arduo trabajo desde diferentes ámbitos buscando consolidar el desarrollo efectivo los derechos antes mencionados.

En este sentido, en el año 2007 el Poder Legislativo dictó la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna, la cual tiene como objeto promover, proteger y apoyar la lactancia materna a fines de garantizar la vida, salud y desarrollo integral de los niños y niñas.

Asimismo, de la exposición de motivos de dicha ley, se desprende, entre otras cosas, lo siguiente:

Es de suma importancia contar en nuestro país con una Ley, que garantice la práctica adecuada de la lactancia materna y la alimentación complementaria oportuna y debidamente administrada. Asimismo, este instrumento jurídico permite garantizar los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento, promover prácticas éticas en la comercialización de los alimentos infantiles y establecer las sanciones en casos de infracción.

La lactancia materna exclusiva o complementada con otros alimentos es concebida y reconocida científicamente como el método ideal y la estrategia nutricional por excelencia requerida por los niños y niñas durante los primeros seis meses de vida y hasta los dos años.

El periodo entre el nacimiento y los dos años de edad es considerada como “ventana de tiempo crítica” para la promoción del crecimiento, la salud y el desarrollo óptimo de los niños.

Se ha comprobado científicamente que ésta es la edad en la que ocurren fallas de crecimiento, deficiencia de ciertos micronutrientes y enfermedades comunes de la niñez.

La práctica de la lactancia materna le brinda al niño y niña todos los requerimientos nutritivos en sus primeros seis meses de vida; lo protege e inmuniza de enfermedades y contribuye al buen desarrollo de su capacidad respiratoria y gastrointestinal, ayudando a la formación de niños y niñas sanos, fortaleciendo el vínculo filial madre- hijo/a. (Subrayado de este fallo).

De lo anterior se desprende que con dicha ley se busca fijar la lactancia materna como el alimento primordial para los niños en edad de lactancia, ello en virtud de los múltiples beneficios que conlleva dicha práctica en la fase inicial del desarrollo del niño.

Ahora bien, el artículo 2 *eiusdem* prevé lo siguiente:

Artículo 2: Todos los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna en condiciones adecuadas que garanticen su vida, salud y desarrollo integral. Asimismo, las madres tienen derecho a amamantar a sus hijos e hijas, con el apoyo y colaboración de los padres.

Los padres y demás integrantes de las familias deben alentar y brindar todo el apoyo necesario para que las madres puedan ejercer el derecho humano previsto en este artículo en beneficio de sus hijos e hijas.

El Estado, con la participación solidaria de las comunidades organizadas, promoverá, protegerá y apoyará la lactancia materna exclusiva a libre demanda de los niños y niñas hasta los seis (6) meses de edad y, la lactancia materna con alimentación complementaria oportuna, adecuada, inocua y debidamente administrada hasta los dos (2) años de edad. El ministerio con competencia en materia de salud podrá incrementar esta edad mediante resolución especial. (Subrayado de este fallo).

Se vislumbra del artículo citado que el Estado deberá promover, proteger y apoyar la lactancia materna **con alimentación complementaria** hasta los dos años de edad.

La **alimentación complementaria** se encuentra definida en el artículo 5.1 de la Ley en cuestión, la cual establece que por alimentación complementaria deberá entenderse *“El proceso mediante el cual se introducen nuevos alimentos en la dieta del niño o niña lactante, sin abandono de la leche materna a partir de los seis (6) meses de edad, la cual deberá ser oportuna, adecuada, inocua, debidamente administrada y preparada en base a alimentos disponibles en la localidad.”*

De modo pues que el Estado brindará el apoyo y protección a la madre lactante, por hasta dos años, siempre y cuando el niño/a se encuentre amamantando de forma exclusiva a los 6 primeros meses de edad, y con alimentación complementaria desde ese momento hasta los dos años después de nacido.

Ahora bien, en el ámbito laboral la promoción, protección y apoyo de la lactancia materna **con alimentación complementaria** debe entenderse como una licencia prevista legalmente para la madre trabajadora hasta que el lactante cumpla los dos años, que es distinta al permiso que se otorga para el descanso pre y post natal.

En este sentido el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo del año 2006, en su artículo 100 establece que:

El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no será inferior a seis (6) meses contado desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministerios del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante Resolución conjunta.

La mujer trabajadora, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona sólo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente. En caso de desacuerdo entre las partes, el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá si existe o no desmejora de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 454 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En igual orden de ideas, el artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es específico al prever que:

Durante el período de lactancia, la mujer tendrá derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija en el Centro de Educación Inicial o sala de lactancia respectiva.

Si no hubiere Centro de Educación Inicial con sala de lactancia, los descansos previstos en este artículo serán de una hora y media cada uno.

Se desprende de lo anterior que la protección a la lactancia con alimentación complementaria consiste en una serie de permisos otorgados a la madre trabajadora destinados a la lactancia del niño, de modo pues que si el lugar de trabajo cuenta con un centro de educación inicial o en el mismo se ha destinado una sala para la lactancia, el descanso será por dos (2) veces al día por un lapso de treinta (30) minutos, mientras que si el lugar de trabajo no cuenta con el centro de educación inicial o la referida sala, el descanso se concederá por un lapso de una hora y treinta minutos dos (2) veces al día.

Ahora bien, resulta fundamental esclarecer que en los casos en los cuales el lugar de trabajo no posea centro de educación inicial o sala de lactancia, los referidos permisos serán utilizados al inicio y final del horario de trabajo, es decir, si una madre empieza su jornada laboral a las 8:30 am ésta podrá llegar una hora y media más tarde, esto es, a las 10:00 am, de igual forma hará uso de su segundo lapso de permiso al finalizar su jornada, por lo que podrá retirarse de su sitio de trabajo una hora y media antes de lo pactado, en garantía del interés superior de su niño o niña.

De igual forma, esta Sala Constitucional no se encuentra ajena a las realidades sociales y aquellas que devienen de las relaciones laborales, por lo que apunta que en el caso de disfrutar del descanso atinente al lapso de una hora y treinta (30) minutos dos (2) veces al día, en virtud de las razones expresadas *ut supra*, tendrá la trabajadora la posibilidad de plantear al patrono la solicitud de acumular ambos permisos, lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo podrá ser posteriormente modificado por el patrono en el supuesto de que afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva, advirtiendo que tal modificación deberá estar fehacientemente demostrada toda vez que, reitera esta Sala Constitucional, se garantiza indubitablemente la estructura para ejercer los derechos en beneficio de las generaciones de relevo.

Ello así, en la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico apuesta por obtener como fin teleológico de nuestra sociedad la suprema felicidad, situación por la cual establece parámetros para el efectivo disfrute de los derechos sociales, sin que ello niegue la posibilidad de convenios entre partes para regular las diversas situaciones fácticas que esta Sala Constitucional no limita en atención a los derechos del niño o niña que se beneficia de tal licencia.

Asimismo, para acceder al goce del descanso para el amamantamiento en el período de la alimentación complementaria, la madre deberá consignar al patrono los requisitos establecidos en el artículo 3 de la resolución conjunta N° 271, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, de fecha 22 de septiembre de 2006 y publicado en Gaceta Oficial N° 38.528, la cual desarrolla de manera puntual y objetiva los requisitos necesarios para disponer de dicho permiso, ya que por el tiempo que el mismo se ha estipulado en aras de la progresividad de los derechos a los que expresamente alude la Constitución, el mismo debe otorgarse cumpliendo las exigencias antes establecidas que permiten el equilibrio entre la prestación del servicio y la efectiva garantía y goce de tal beneficio.

Tal resolución establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Para disfrutar de los descansos para amamantar a su hijo o hija, la madre trabajadora deberá presentar mensualmente ante el patrono o patrona un certificado de consulta de control de salud del hijo o hija, expedido por un centro de salud, en el cual se deje constancia de la asistencia oportuna a la consulta, del amamantamiento y, de ser el caso, de la condición de salud de la madre, su hijo o hija de conformidad con el numeral 2 del artículo 1 de esta Resolución. (Subrayado de este fallo).

Toda madre lactante que cumpla con los requisitos *supra* señalados en la resolución precitada, y que formule tal solicitud, debe obtener de manera **obligatoria**, por parte de su patrono, el permiso para realizar el amamantamiento en los términos establecidos en el presente fallo. El hecho de que dicha licencia sea de obligatorio cumplimiento por parte del patrono, **no significa que opere de pleno derecho**, pues debe previamente ser requerido en forma expresa por parte de la madre lactante y en cada caso variará el tiempo de duración de la licencia de alimentación complementaria, de acuerdo a la situación particular en relación con la posibilidad de amamantar de la madre.

Asimismo, debe recalcar la Sala que la licencia en cuestión, como se dijo antes, no es de obligatoria solicitud por parte de la madre lactante, ello en virtud de que puede que ésta no pretenda amamantar o no pueda por sus condiciones hacerlo, y por ende no es una licencia obligatoria y necesaria por parte de la madre.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta válido señalar que la presente licencia no necesariamente debe ser por el lapso de los dos (2) años establecidos *supra*, ya que esto dependerá del caso en concreto y se demostrará mediante los exámenes mensuales que deberá consignar la madre lactante a los fines de validar el permiso, visto que puede ocurrir que una madre deje de amamantar cumplido el año del niño o menos, es decir, esta licencia no posee un término específico pues puede culminar de un momento a otro, sólo que el tiempo máximo es de dos (2) años.

Con fuerza en las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen *supra*, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo. Así se establece.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales*”. Y así se ordena.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *La administración pública*

A. *La administración descentralizada: Empresas del estado privilegios y prerrogativas*

TSJ-SC (735)

25-10-2017

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Mercantil C.A., Banco Universal

Conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales.

(...) Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estima conveniente reiterar los criterios jurisprudenciales establecidos en sentencias Nros. 1.681/2014 y 1.506/2015, ambas dictadas por esta Sala, en lo relativo a las prerrogativas y privilegios procesales de la República extensibles a las empresas del Estado.

En este sentido la decisión 1.506 del 26 de noviembre de 2015, estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

Así las cosas, la referida Corte Segunda profirió la decisión accionada de conformidad con lo dispuesto en los aludidos artículos 64 y 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y con el criterio jurisprudencial expuesto, tal como bien lo señaló en su parte motiva; pues, el hecho de haber decidido el *a quo* antes que terminara el lapso, dicha actuación no significa que se “acortó” el lapso para sentenciar, no abrevió ningún lapso ni vulneró los derechos constitucionales denunciados –al debido proceso y a la defensa-, como ya se estableció, la decisión de primera instancia se produjo en el lapso dentro del cual puede el órgano jurisdiccional dictar decisión, pues efectivamente se trata de un lapso y no de un término, correspondiéndole en todo caso a la parte que está a derecho, actuar con la debida diligencia a los efectos de ejercer de manera oportuna el recurso respectivo, en el supuesto de que el fallo sea publicado dentro de la oportunidad legal, como ocurrió en el caso de marras, en el que se garantizó los derechos constitucionales de las partes así como la certeza de los actos procesales, preservando la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Así se decide.

Considera esta Sala oportuno señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República, y en tales casos, el proceso se suspenderá por un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la fecha de la consignación de la notificación practicada en el respectivo expediente.

Dicha normativa consagra una auténtica prerrogativa a los efectos de garantizarle a la República el derecho a la defensa, tomando en cuenta que, cualquier decisión dictada en su contra implicaría una posible lesión a sus intereses patrimoniales; sin embargo, en el caso concreto, la sentencia dictada el 05 de junio de 2014, por el Juzgado Superior que declaró sin lugar la demanda de contenido patrimonial incoada por el hoy accionante contra el Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Tránsito Terrestre, por órgano de la sociedad mercantil Metro de Caracas C.A., quedó firme mediante auto del 11 de agosto de 2014, además de que las partes se encontraban a derecho –tal y como lo señaló la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, hoy accionada cuando lo confirmó–, no obró contra los intereses de la República, lo que descarta la posibilidad de que ésta ejerciese recurso alguno contra la misma.

Igualmente, estima necesario esta Sala reiterar la doctrina vinculante sobre la aplicación de los privilegios procesales de la República Bolivariana de Venezuela, extensibles a las empresas estatales, pues tales privilegios constituyen un elemento de orden público dados los intereses públicos involucrados, cuya finalidad es que ésta pueda cumplir con su obligación de preservar el interés general, ante el hecho de que la sociedad mercantil Metro de Caracas S.A. es una empresa del Estado que ostenta las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República como a una serie de entes de derecho público similares visto los intereses públicos que éstos gestionan (Vid. Sentencias de esta Sala Constitucional Nros. 1031 del 27/05/2005, 281 del 26/02/2007 y 1681 del 27/11/2014). (Resaltado del presente fallo).

Ahora bien, resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinnúmero de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los

procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

No obstante, lo anterior, es deber de esta Sala señalar que en sentencia 0135/2016, se estableció lo siguiente:

Visto el criterio antes referido y, determinado como ha sido que, aun siendo la sociedad de comercio Bolivariana de Aeropuertos, S.A. (BAER), como una empresa del Estado, la misma no goza de los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República, en virtud de no existir previsión legal expresa al respecto (*vid.* Sentencia N° 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELE-CENTRO)*), ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión N° 1.506 del 9 de noviembre de 2009, caso: *Marina Erlinda Crespo Ferrer*), resulta forzoso concluir contrariamente al pronunciamiento objeto de revisión, que el privilegio procesal no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que no le era aplicable la consulta, obligatoria.

Se observa de lo anterior, que la Sala retomó un criterio antiguo aplicable únicamente al caso en cuestión, sin embargo, resulta meritorio recalcar y aclarar que el criterio vigente es el establecido en los fallos N° 1.681/2014 y 1.506/2015 dictados por esta Sala, así como el criterio vinculante que se establece en la presente decisión.

Por último, visto el carácter vinculante de la presente decisión, es por lo que se ordena la publicación del presente fallo en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Judicial y página web del Tribunal Supremo de Justicia, con el siguiente intitulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional que establece que las empresas que posean participación del Estado así como los municipios y estados, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales*”. Así se decide.

2. El Poder Judicial

A. Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones

TSJ-SC (545)

20-7-2017

PONENCIA CONJUNTA

Caso: César Alexis Orta Lamón

(...) Al respecto, esta Sala estima imperativo hacer mención a lo señalado por el artículo 264 de la Constitución, que es del siguiente tenor:

Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia **serán elegidos o elegidas por un único período de doce años**. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos, o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia, o por organizaciones; vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída. La opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

(...) Sobre esta disposición, esta Sala Constitucional en sentencia N° 1701 del 6 de diciembre de 2012, [véase *Revista de Derecho Público*, N° 132/octubre-diciembre 2008, p. 134

y ss]. Ratificó plenamente el contenido de dicho artículo, estableciendo que, en caso de vacante absoluta, **quien resultare designado por la Asamblea Nacional, lo será por un período de doce (12) años**, lapso constitucional que es improrrogable y, **por tanto, una vez fenecido el mismo, se produce la falta absoluta del cargo de Magistrado.**

B. *Tribunal Supremo de Justicia*

a. *Competencias de la Sala Plena: Antejjuicio de mérito. Naturaleza*

TSJ-SP

4-8-2017

Magistrada Ponente: Dra. Marjorie Calderón Guerrero

Caso: Pedro Carreño

Sobre esta especialísima institución jurídica, la Sala Plena de este Alto Tribunal, en sentencia número 38 dictada en fecha 11 de julio de 2013, publicada el 16 de julio de 2013, caso “*Richard Miguel Mardo Mardo*”, señaló que:

“...La institución jurídica del antejjuicio de mérito, constituye una prerrogativa constitucional que corresponde a los altos funcionarios del Estado, destinada a brindar un especial fuero o protección a la función pública que los mismos desempeñan, en tutela del interés general. Su instrumentación encuentra su fundamento y regulación esencialmente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y de ella subráyese el carácter de fase previa que tiene el proceso para que la vindicta pública, en cabeza de la Fiscalía General de la República, pueda iniciar la persecución penal propiamente dicha, a los fines de establecer o desechar la posible autoría que vislumbra el Ministerio Público en su investigación preliminar. Diferenciación hecha con el eventual juicio, la decisión que emita la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en torno a la existencia de mérito para el enjuiciamiento de un alto funcionario, no supone un prejuzgamiento acerca de su responsabilidad penal.

El Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 381 dispone la enumeración taxativa de los altos funcionarios que gozan de esta prerrogativa constitucional del antejjuicio de mérito, en obsequio a la protección de la función pública que despliegan en el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y demás actos sublegales le encomiendan, a saber: (...) Diputados o Diputadas de la Asamblea Nacional...

Es así como, en el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en que se constituye la República Bolivariana de Venezuela, con arreglo al artículo 2 del Texto Fundamental, se ha previsto esta institución como un procedimiento especial, que habrá de instaurarse nada menos que ante el más Alto Tribunal de la República, cuando el Ministerio Público acopie elementos de convicción serios y fundados en torno a la posible participación de alguno de los ciudadanos que desempeñen tales altos destinos, capaz de comprometer su responsabilidad, en la presunta comisión de hechos punibles, siendo que la determinación sobre la existencia de mérito para la persecución penal y enjuiciamiento, si fuera así decidido, no supone un prejuzgamiento sobre la causa que tenga lugar de seguidas...” (resaltado de la Sala).

Asimismo, esta Sala en sentencia número 24 del 15 de mayo de 2003 caso: “*Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República contra Carlos Rafael Alfonso Martínez, General de División (G.N.)*”, se refirió a la naturaleza del antejjuicio de mérito, y se citó anteriores fallos de este Supremo Tribunal, en los términos siguientes:

“El antejjuicio de mérito en nuestro ordenamiento jurídico está concebido como una etapa previa al juicio, respecto a algunos altos funcionarios del Estado. Así está concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal...”

En este sentido, en sentencia de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de enero de 1990, caso: *José Angel Ciliberto*, se expresó que establecer la existencia de motivos suficientes para el enjuiciamiento de un alto funcionario del Estado ‘...significa analizar los elementos probatorios existentes en los autos con el objeto de establecer la perpetración de algún hecho presuntamente delictivo y la participación en el mismo del nombrado ciudadano, sin adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues la Corte no actúa, en este momento, como un Tribunal de la causa, sino que se concreta a examinar los recaudos traídos y deducir una precalificación de los hechos, así como sus eventuales consecuencias de carácter penal...’

En otra sentencia de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de junio de 1992, caso: *Antonio Ríos*, se expresó lo siguiente: ‘...El antejuicio de mérito es un instituto consagrado por la Ley Fundamental de la República en relación con los altos funcionarios que la misma señala en los ordinales 1° y 2° del artículo 215...

(omissis)

a) El ante-juicio no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto a los cuales la Ley Fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el ante-juicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que sólo se tiene como fin, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca a juicio, donde tendrá la oportunidad de para acreditar su inocencia.

b) El ante-juicio de mérito no debe implicar, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente dicho. Sólo se trata de constatar si los hechos imputados son punibles y si ciertamente la acusación está seriamente fundada como para formar causa. Por consiguiente, no se debe adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de examinar los recaudos y deducir una precalificación los hechos.

c) El ante-juicio de mérito tiene por objeto el análisis y estudio previos de las actas procesales, con el fin de establecer si de la reconstrucción de los hechos que de ello deriva, emergen presunciones vehementes de la comisión de un hecho punible que en la perpetración del mismo se encuentra comprometida la responsabilidad del funcionario.

En síntesis, se trata de establecer -como lo señala la decisión de este Tribunal de fecha 1950 (G.O. N° 6, p. 23)- si existe ‘mérito suficiente’ para que sea sometido a juicio el funcionario acusado.

Para lograr este objetivo debe observarse si se configura o no el hecho punible que se le imputa y si existen fundados indicios de haber participado en la realización del mismo...’.

De igual manera, en sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, de la Corte en Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: *Carlos Andrés Pérez Rodríguez*, se expresó que en el antejuicio de mérito ‘...se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto: En primer lugar, por lo que atañe a los sujetos enjuiciables y, en segundo término, por lo que se refiere al procedimiento. En el primer caso, únicamente a los Altos Funcionarios están sometidos al Antejuicio de Mérito por ante el más Alto Tribunal de la República. Y en cuanto a las características procedimentales, la Ley ha previsto determinados elementos; entre los cuales se destaca que, dada su finalidad fundamental, el Antejuicio, como su misma denominación lo indica, no indica un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio o de su prosecu-

ción, según las normas aplicables en cada caso. No constituye por ello un indicativo de absolución o condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente...” (resaltado del original).

Por su parte, la Sala Constitucional ha caracterizado al procedimiento especial del antejuicio de mérito, a semejanza de una etapa inicial para un eventual enjuiciamiento de altas autoridades. Valga citar la sentencia número 233 del 11 de marzo de 2005, la cual se expresó de la siguiente manera:

“...[el] procedimiento conocido como antejuicio de mérito, (...) ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina como un procedimiento especial, de única instancia, previo y distinto al juicio penal propiamente dicho. Es decir, a semejanza de una etapa inicial (in jure actum), en cuya primera fase se califican los hechos como relevantes o no para pasar, si fuere el caso, a la segunda fase del juicio de fondo, (in iudicium), ya que, quien tiene derecho a ese antejuicio o juicio de mérito, se inviste de una prerrogativa (jure esse).

En otras palabras, el antejuicio de mérito se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 266, numerales 2 y 3, así como en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal...” (resaltado del original corchetes de la Sala)

Asimismo, en la sentencia número 29 del 30 de abril de 2008, esta Sala Plena apuntó sobre el carácter de prerrogativa constitucional del antejuicio de mérito lo siguiente:

“Así, las personas que se encuentran investidas de las más elevadas funciones públicas, gozan de prerrogativas constitucionales para el ejercicio de sus funciones siendo una de ellas el antejuicio de mérito, cuyo conocimiento le corresponde a esta Sala Plena. En tal sentido, ha señalado el Máximo Tribunal en reiteradas decisiones que el régimen del antejuicio de mérito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consiste en un privilegio para las altas autoridades del Estado, que tiene por objeto proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, en procura de la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que corresponden al ejercicio de la función pública. En otras palabras, el antejuicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que son acreedores los altos funcionarios del Estado, para garantizar el ejercicio de la función pública y, por ende, evitar la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querrelas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñan una alta investidura”.

Adicionalmente, esta Sala Plena en sentencia número 50 del 10 de junio de 2008, caso: ‘Carlos Eduardo Giménez Colmenares’, sostuvo que la figura del antejuicio de mérito se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto, en cuanto a los sujetos enjuiciables y en lo que se refiere al procedimiento, a saber:

“Se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto, en cuanto a los sujetos enjuiciables y en lo que se refiere al procedimiento:

En relación a los sujetos enjuiciables, únicamente los altos funcionarios están sometidos al antejuicio de mérito ante el más Alto Tribunal de la República.

Y en cuanto al procedimiento, las disposiciones legales y la jurisprudencia han delimitado la finalidad del antejuicio de mérito: no constituye un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio, según las normas aplicables en cada caso.

Por consiguiente, no constituye una sentencia de absolución o de condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente. Tiene como finalidad resguardar el cumplimiento de las funciones de los altos funcionarios del Estado, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas.

En efecto, el antejuicio de mérito constituye un privilegio que otorga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los altos funcionarios del Estado, que no pueden ser sometidos a juicio penal sin que medien razones graves que los vinculen con hechos punibles cuya existencia debe ponerse de manifiesto en la audiencia del antejuicio y que la evidencia de esta relación debe ser declarada por el Tribunal Supremo de Justicia. Incluso, cabe añadir que, por su propia naturaleza, este privilegio es renunciable por el favorecido, lo que abona en beneficio de la tesis que no estamos ante un proceso penal según las disposiciones del Código Procesal Penal, sino de un antejuicio de mérito que controla los hechos, determinar si tienen o no carácter delictual. Además, el antejuicio de mérito no implica, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del alto funcionario; sólo se trata de constatar si los hechos imputados son punibles y si ciertamente la querrela está seriamente fundada como para formar la causa penal. En consecuencia, no debe adelantarse opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de examinar los recaudos y precalificar los hechos...”.

(...)

En cuanto al régimen jurídico procesal aplicable, esta Sala Plena considera de importancia señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1684/2008, caso: “*Carlos Eduardo Giménez*”, estableció el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios; en tal sentido, señaló lo siguiente:

Sin embargo, en vista de la interpretación constitucional realizada y el hecho de que el último aparte del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remita expresamente al Código Orgánico Procesal Penal “*en todo lo no previsto*” en lo que concierne a los procedimientos de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios hace concluir a esta Sala Constitucional, que la antinomia está resuelta, no solo por la aludida remisión, sino porque, a pesar de tratarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal de normas de igual jerarquía (orgánicas), el Código Orgánico Procesal Penal es ley posterior (su última reforma es del 4 de octubre de 2006) y ley especial en lo que concierne al procedimiento penal, pues la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es fundamentalmente una ley organizativa del máximo Tribunal. En consecuencia, la normativa aplicable en lo que concierne al Tribunal competente y al enjuiciamiento de altos funcionarios es la contenida en el Título IV (artículos 377 al 381) del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide.

(...)

“*Cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, el funcionario o funcionaria quedará suspendido o suspendida e inhabilitado o inhabilitada para ejercer cualquier cargo público durante el proceso*”. (Resaltado de este fallo). Del artículo transcrito, se desprende que una vez declarado que hay mérito para el enjuiciamiento del funcionario, se tendrían por cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, por lo que operaría de pleno derecho la respectiva suspensión e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público durante el proceso que se le instaura para determinar la responsabilidad individual a que haya lugar.

En ese sentido, la suspensión e inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público, no está consagrada como una pena anticipada, sino que el legislador previó la necesaria separación provisional durante el proceso del funcionario para permitir la investigación correspondiente, y como una medida de protección a la función pública, todo ello conforme a los supremos valores del Estado venezolano previstos en el artículo 2 del Texto Fundamental, y a los principios de “*...honestidad, participación, celeridad, eficacia transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública...*”, que rigen el

desempeño de la Administración y que se encuentran previstos en el artículo 141 *eiusdem*; y, para el caso del o de la Fiscal General de la República, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

contemplados en los artículos 336 numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en cumplimiento a lo previsto en el artículo 25, numeral 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Para finalizar, no puede ignorar esta Sala Plena la connotación de los hechos narrados por los ciudadanos **Pedro Carreño**, en su condición de **Diputado de la Asamblea Nacional**; Dr. **Tarek Willians Saab**, en su carácter de **Presidente del Consejo Moral Republicano**; y, Dr. **Manuel Galindo Ballesteros**, en su condición de **Contralor General de la República e integrante del Consejo Moral Republicano**, en virtud de que los mismos pudieran revestir carácter penal, motivo por el cual se acuerda continuar el proceso ante esta instancia, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 378 del Código Orgánico Procesal Penal, y la sentencia N° 1684 de fecha 4 de noviembre de 2008, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (caso: *Carlos Eduardo Giménez Colmenárez*). Así se decide.

TSJ-SP

4-10-2017

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Luis Bertoni Chapeta Carrillo

En fecha primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016), se recibió en la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, oficio número 913, de fecha doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016), procedente del Tribunal Décimo de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Táchira, adjunto al cual remite el expediente contentivo de la solicitud de auxilio judicial formulada por el ciudadano **LUIS BERTONI CHAPETA CARRILLO**, venezolano, abogado, titular de la cédula de identidad número 14.985.690, domiciliado en San Cristóbal estado Táchira, con el fin de impulsar la solicitud de antejuicio de merito ante el Tribunal Supremo de Justicia contra el ciudadano **JOSÉ GREGORIO VIELMA MORA**, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número 6.206.038 y, actualmente, Gobernador del estado Táchira.

(...)

A juicio de esta Sala Plena es menester examinar las implicaciones jurídicas que comporta el hecho de que el auxilio judicial requerido está sustancialmente conectado con la pretensión de ejercer a instancia privada una acción penal contra un alto funcionario, pues, tal situación fáctico jurídica, pudiera ser relevante en la perspectiva de establecer a cuál órgano judicial le corresponde proferir la Resolución que acuerda o niega el auxilio judicial peticionado en el marco de una eventual activación de un antejuicio de mérito.

En este orden de ideas, se estima conveniente referir que a la luz de lo contemplado en el artículo 393 del Código Orgánico Procesal Penal, **el auxilio judicial se concibe como una herramienta procesal al servicio de quien se considera víctima de un delito perseguible por acción privada, en la perspectiva de recabar elementos que le son indispensables para el formal ejercicio de la acción penal, en consecuencia, el auxilio judicial no es más que un trámite preliminar destinado a la consecución de ciertos elementos relacionados con el caso de que se trate y con relevancia jurídico penal.**

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 234, de fecha catorce (14) de marzo de dos mil cinco (2005), sostuvo lo que se transcribe a continuación:

“La figura del ‘auxilio judicial’ consagrada en el artículo 402 del Código Orgánico Procesal Penal, confiere a la víctima que pretenda constituirse en acusador privado para ejercer la acción penal derivada de los delitos dependientes de acusación o instancia de parte agraviada, la potestad de solicitar al Juez de Control que ordene la práctica de una investigación preliminar para identificar al acusado, determinar su domicilio o residencia, acreditar el hecho punible o para recabar elementos de convicción.

En dicha solicitud la víctima debe señalar: a) su nombre, apellido, edad, domicilio o residencia, número de cédula de identidad y la justificación acerca de su condición de víctima; b) el delito por el cual pretende acusar, con una relación detallada de las circunstancias que permitan acreditar su comisión, incluyendo, de ser posible, lugar, día y hora aproximada de su perpetración; y c) el señalamiento expreso y preciso de las diligencias que serán objeto de la investigación preliminar.

Si el Juez de Control estima que, efectivamente, los hechos configuran un delito de acción privada, y que es procedente la solicitud, ordenará al Ministerio Público la práctica de las diligencias expresamente señaladas. Una vez concluida la investigación preliminar, el Juez de Control entregará sus resultados en original a la víctima, dejando copia certificada de la misma en el archivo del Tribunal.

El auxilio judicial contemplado en el señalado artículo 402, se inscribe dentro de los procedimientos preparatorios, los cuales se encuentra dispersos en distintas leyes procesales, tales como ocurre en el Código de Procedimiento Civil con el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva (artículo 631), o con el retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas (artículo 813), y como acontezca con la averiguación de nudo hecho prevista en el Código de Enjuiciamiento Criminal.

Los procedimientos preparatorios pueden ser de diversa naturaleza. Hay algunos que deben cumplirse como presupuesto indispensable para incoar una acción, como ocurre en cierta forma con el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva, o como sucedía con el ‘nudo hecho’ del señalado Código de Enjuiciamiento Criminal.

Hay otros, como el retardo perjudicial (artículo 813 del Código de Procedimiento Civil), que buscan recabar pruebas, y aun hay otros, como el auxilio judicial, que pueden tener naturaleza mixta: investigar y conseguir información que permita acreditar el hecho punible, o recabar elementos de convicción, estos últimos siguiendo lo establecido en los artículos 60; 242; 251.1; 280 y 358 del Código Orgánico Procesal Penal y en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Marítimo se refieren a recoger medios de pruebas, ya que estas diligencias preparatorias con miras a un proceso penal, tiene naturaleza pesquisadora.

El conocimiento sobre la existencia de estos medios permite a quien obtiene el auxilio, a preparar su querrela, donde ofrecerá las pruebas con que cuenta, o a promover una prueba anticipada, si es que los hechos o los medios van a desaparecer.

Siendo la naturaleza del auxilio judicial investigativo (inquisitivo), las diligencias a practicarse son variadas, algunas dirigidas a identificar al futuro acusado o conocer su domicilio o residencia, mientras otras persiguen acreditar el hecho punible o conocer elementos de convicción.

Si se trata de los dos primeros supuestos, no es posible citar a quien no se conoce, o a quien no se sabe dónde buscarlo, y esto convierte a las diligencias en verdaderas formas de investigación, donde no hay posibilidad alguna de contención.

Pero cuando quien pide el auxilio, tiene identificado al futuro acusado, por aplicación del artículo 49 Constitucional, lo lógico es que se le cite, al menos para que sepa que existe un procedimiento de auxilio en su contra.

No entra la Sala a calificar la naturaleza contenciosa o no del procedimiento, ya que el derecho de defensa, conforme al numeral 1 del artículo 49 citado es inviolable en todo estado de la investigación y del proceso, y en consecuencia tratándose de una investigación, si está identificado aquel contra quien va a obrar el auxilio judicial, debe citársele, al menos cuando se solicita el auxilio, a fin que pueda defenderse.

A juicio de la Sala, la necesidad de hacer saber al investigado que se van a recabar elementos de convicción en su contra, es obvia, en casos como el comentado.

Si bien la actuación del Juez de Control ante quien se formule la solicitud, está limitada a constatar, que el delito por el cual se pretende acusar es de acción privada, y que la solicitud es procedente, sin embargo, la resolución judicial que acuerde el auxilio judicial solicitado por la víctima del delito de acción privada, podría, en razón de los términos en los cuales se acordó, involucrar una investigación criminal, cuyas results, vinculadas con la actividad probatoria que luego ha de ser reconducida al debate en juicio, lograrían afectar la responsabilidad penal del posterior acusado, quien pudiera no controlar la admisibilidad del auxilio solicitado, que lo perjudica.

Por ende, el auxilio judicial ordenado a tales fines, puede constituir una subversión del procedimiento que, obviamente, comporta la actuación del órgano jurisdiccional fuera de los límites de su competencia, si mediante él se pretende suplir la carga probatoria que le corresponde a la víctima de un delito de acción privada, aun cuando el auxilio judicial le haya sido consagrado como garantía del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones que la víctima de un delito de acción pública, en cuyo caso la actividad probatoria corresponde al órgano encargado de la investigación penal.” (Subrayado de la Sala Plena).

De manera que, a la luz del criterio jurisprudencial invocado procede forzosamente la citación del pre mencionado alto funcionario “...a fin que pueda defenderse...” en el procedimiento investigativo que, bajo la figura jurídica de auxilio judicial, a petición de parte interesada, se pretende llevar a cabo en su contra, habida cuenta de encontrarse plenamente identificado en autos. En otras palabras, en el caso bajo estudio, en el hipotético caso que se declarase procedente el auxilio judicial, la citación del Gobernador del estado Táchira resultaría inexorable, en virtud, se reitera, que está identificado por el solicitante de la investigación preliminar como presunto responsable de la comisión de un delito perseguible a instancia privada.

Ahora bien, citar a una alta funcionaria o a un alto funcionario en el marco de un procedimiento investigativo de auxilio judicial pudiera constituirse en un factor que trastoque, subvierta o restare efectividad y eficacia a la prerrogativa procesal que el Texto Constitucional les confiere a estas altas autoridades públicas, en fin, que hiciera nugatorio el objeto y alcance del antejuicio de mérito. Por consiguiente, esta Sala Plena estima conveniente entrar a dilucidar esta problemática fáctica jurídica, consciente que en la interrelación de estos institutos y mecanismos que integran el sistema jurídico patrio como totalidad, vale decir, el auxilio judicial y el antejuicio de mérito, las garantías constitucionales, entre otras, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva representan mecanismos aseguradores de la realización de los derechos y, por ende, de la concreción de la justicia material; de allí que su vigor no puede ser afectado bajo ninguna consideración o circunstancia, pues en la efectividad y eficiencia de estas garantías se debate, en parte, la razón de ser del Estado de Derecho y de Justicia.

En tal contexto, resulta pertinente valorar el propósito y sentido del antejuicio de mérito, a tales efectos, cabe expresar que en atención al artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el antejuicio de mérito se concibe como una prerrogativa procesal que se le confiere a las altas funcionarias y a los altos funcionarios para evitar que el ejercicio de sus relevantes atribuciones y, por tanto, el cumplimiento de las responsabilidades

que le son inherentes se vean interferidas por la tramitación de causas judiciales activadas a través de denuncias infundadas; de allí que, debe efectuarse, previamente, a que se realice una valoración del asunto, a los efectos de establecer si existen o no elementos de convicción que justifiquen la apertura y sustanciación del correspondiente procedimiento judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 233, proferida en fecha once (11) de marzo de dos mil cinco (2005), precisó el concepto, propósito y alcance de este instituto jurídico al sostener lo que se apunta a continuación:

*“...Entonces, la referida sentencia, objeto del presente estudio, fue dictada dentro del procedimiento conocido como antejuicio de mérito, el cual ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina como un procedimiento especial, de única instancia, previo y distinto al juicio penal propiamente dicho. Es decir, a semejanza de una etapa inicial (**in jure actum**), en cuya primera fase se califican los hechos como relevantes o no para pasar, si fuere el caso, a la segunda fase del juicio de fondo, (**in judicium**), ya que, quien tiene derecho a ese antejuicio o juicio de mérito, se inviste de una prerrogativa (**jure esse**).*

En otras palabras, el antejuicio de mérito se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 266, numerales 2 y 3, así como en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre el antejuicio de mérito, este Máximo Tribunal, reiteradamente ha señalado que:

“El antejuicio de mérito (...) se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, que atiende a la necesidad de proteger la efectividad de la labor de los funcionarios públicos que ocupan cargos de relevancia dentro de su estructura, así como la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública. Privilegio que, como excepción al principio de igualdad, se justifica sólo por la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos” (Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de julio de 1984, reiterada en fecha 20 de julio de 1991, y acogida por este Tribunal Supremo de Justicia en fecha 02 de mayo de 2000, caso: Pedro Mantellini).

También en fecha 4 de julio de 2000 (caso Miquelena), la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, en torno a la naturaleza jurídica del antejuicio de mérito, dejó asentado lo siguiente:

‘de conformidad con el artículo 377 del Código Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado por la querrela del Fiscal (...) y conducido por el principio contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; (...) y que el juicio sobre la prueba debe constituir el fundamento principal de la determinación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar al enjuiciamiento’.

Entonces, el objeto del antejuicio de mérito es declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los presuntos imputados, es decir, la sentencia puede declarar que sí hay mérito para enjuiciar, o, por el contrario, declarar no haber mérito y el consiguiente sobreseimiento...” (destacado del original)

En síntesis, la doctrina jurisprudencial patria es categórica al afirmar que el antejuicio de mérito constituye un procedimiento penal especial, que tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, en tal contexto, se concibe y opera como una prerrogativa procesal a favor de las servidoras y servidores públicos referidos en el numeral 3 del artículo 266 de nuestra Ley Fundamental, en función de proteger la efectividad de la labor que realizan a propósito de los relevantes cargos que ocupan dentro de la estructura del Estado, pues con tal mecanismo procesal se evita interferencias en el ejercicio de las funciones públicas producto de infundadas denuncias o acusaciones, con lo cual, se garantiza el buen funcionamiento del Estado.

Ahora bien, en congruencia con lo precedentemente expuesto esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia considera que al valorar la interrelación de los institutos jurídicos bajo estudio, vale decir, auxilio judicial y antejuicio de mérito, lo procedente en derecho es que el órgano jurisdiccional a quien expresamente se le confirió la competencia para pronunciarse sobre la existencia o no de méritos para enjuiciar a los altos funcionarios sea quien a su vez dicte la resolución mediante la cual se acuerda o se niega el auxilio judicial, con lo cual, se asegura la concentración en dicho órgano jurisdiccional de todo lo relativo a la preparación (auxilio judicial), examen de mérito (antejuicio de mérito) y enjuiciamiento propiamente dicho (juicio contencioso de fondo) de los altos funcionarios, en consecuencia, se preserva la efectividad de la prerrogativa procesal que la preceptiva constitucional contempla a favor de las aludidas altas autoridades públicas en función de evitar que el óptimo desempeño de sus funciones se vea afectado por acciones temerarias.

A mayor abundamiento sobre el punto que se analiza, cabe agregar que ceñirse a un entendimiento estrictamente literal y aislado de la norma contenida en el artículo 393 del Código Orgánico Procesal Penal, principalmente, en lo tocante a que la presunta “...*parte agraviada podrá solicitar al Juez o Jueza de Control que ordene la práctica de una investigación preliminar...*” (auxilio judicial), para arribar a la conclusión que solamente al Juez o la Jueza de Control le corresponde pronunciarse acerca de la procedencia o no de tales prácticas investigativas, sin apreciar la finalidad, contenido y alcance del antejuicio de mérito, incluso, las repercusiones jurídicas que esta institución procesal produce sobre el auxilio judicial y, más aún, ignorando el carácter integral del ordenamiento jurídico positivo, indiscutiblemente supone realizar una comprensión del asunto bajo estudio desconociendo la hermenéutica jurídica como método de interpretación o comprensión de dispositivos normativos que hacen parte de un sistema normativo que posee, se reitera, el rasgo de totalidad, al tiempo que, se fundamenta y guía por valores, principios y garantías en aras de alcanzar la realización de determinados fines.

Por consiguiente, en criterio de esta Sala Plena lo que resulta razonable en aplicación de la más sana lógica jurídica que se infiere de la preceptiva normativa precitada y la doctrina jurisprudencial invocada es que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia sea el órgano jurisdiccional competente para verificar la procedencia de la solicitud de auxilio judicial formulada por quien pretenda constituirse en acusador privado o acusadora privada de un alto funcionario o de una alta funcionaria, pues, de este modo se preservan las previsiones consagradas por el Constituyente del año 1999 en cuanto a la prerrogativa procesal (antejuicio de mérito) conferida a un conjunto de personas (altos funcionarios) en virtud de ejercer altos cargos dentro de la estructura del Estado (labores de Estado vinculadas a la conducción de políticas públicas). Así se decide.

3. *El Poder Público Estatal*

- A. *Organización territorial del Estado. Régimen de las unidades locales a nivel municipal. Creación por Ley de nuevas unidades locales: Comunas, juntas parroquiales etc.*

TSJ-SC (355)**16-5-2018**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010**La Sala estima que la creación mediante Ley de nuevas entidades locales no viola la Constitución**

Las representaciones judiciales de los Municipios Baruta y Chacao sostienen la nulidad de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 19, 30, 33 y 37 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, las cuales son del tenor siguiente:

“**Artículo 19.-** Además de los municipios, son entidades locales territoriales:

1. La Comuna.
2. Los distritos metropolitanos.
3. Las áreas metropolitanas.
4. Las parroquias y demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

Los supuestos y condiciones establecidos en esta Ley, para la creación de demarcaciones dentro del territorio del Municipio, así como los recursos de que dispondrán, concatenadas a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio, deberán ser considerados en la ley estatal que la desarrolle.

La comuna, como entidad local de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativos de dos o más municipios, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya”.

“**Artículo 30.-** Las parroquias y las entidades locales, dentro del territorio municipal son demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales”.

“**Artículo 33.-** Para crear una parroquia u otra de las ciudades locales dentro del municipio, se requiere que en el territorio correspondiente exista:

1. Una población con residencia estable, igual o superior a la exigida en la ley estatal para tales fines.
2. En los espacios urbanos, un Plan de Desarrollo Urbano Local debidamente sancionado y publicado. En los espacios no urbanos, los lineamientos de ordenación y ocupación del territorio.
3. Organización de la comunidad mediante agrupaciones sociales, electas democráticamente y debidamente registradas por ante los órganos competentes.
4. Organización de servicios públicos básicos.
5. Registro catastral, con sujetos de tributación y contribuciones municipales, de modo especial los inmobiliarios.

El proyecto de creación será información en forma pública y sometida a consulta de la organización asentada en el espacio territorial de la parroquia o entidad local territorial propuesta.

Los requisitos para la creación de la comuna, en el marco de su régimen especial como entidad local, se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica de las Comunas”.

“**Artículo 37.-** La junta parroquial comunal tendrá atribuida facultad expresa para los procesos siguientes:

1. Articular con las organizaciones de base del Poder Popular y su relación con los órganos del Poder Público Municipal.
2. Consultar a las organizaciones de base del Poder Popular sobre los programas, planes y proyectos que presente el Municipio.
3. Evaluar los planes y proyectos que se ejecuten a través del Municipio en el territorio de la parroquia.
4. Facilitar la construcción y organización de los ejes comunales.
5. Coadyuvar en las políticas del Estado en todas sus instancias, con la finalidad de actuar coordinadamente en la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, y los demás planes que se establezcan en cada uno de los niveles político territoriales y las instancias político administrativas que establezca la ley.
6. Servir como centro de información y promoción de procesos participativos para la identificación de prioridades presupuestarias.
7. Promover los principios de corresponsabilidad, protagonismo y participación ciudadana en la gestión pública municipal.
8. Promover los servicios públicos y el principio de corresponsabilidad en lo atinente a la seguridad ciudadana, la protección civil y la defensa integral de la República.
9. Promover los servicios y políticas dirigidos a la infancia, a la adolescencia, a la tercera edad, a los pueblos y comunidades indígenas y a las personas con discapacidad.
10. Cooperar con la Sala Técnica del Consejo Local de Planificación Pública en la elaboración del censo social municipal, conjuntamente con la participación de las organizaciones vecinales y la sociedad organizada.

Las demás establecidas en la presente Ley y demás instrumentos municipales”.

Señalan los accionantes que las disposiciones antes transcritas son inconstitucionales por considerar que: (i) establecen que la creación de las Parroquias deben estar sujetas a las colectividades, en sentido contrario a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución; (ii) vulneran la reserva constitucional que existe en materia de división político-territorial y de creación de entidades territoriales prevista en los artículos 16 y 168 del Texto Fundamental y es inconstitucional pues –a su juicio– suprime al Municipio su condición de unidad política primaria de la organización nacional, al alterar la organización político territorial y la distribución vertical del Poder Público; (iii) introducen una nueva entidad local de carácter territorial denominada ‘la comuna’, referida en los artículos 1, 5, 19.1, y 19 último párrafo, 33 último párrafo, 112 de dicho texto legal, insertada dentro de la organización municipal; y (iv) desvirtúan el sentido dado a las Áreas Metropolitanas cuya conceptualización -a su juicio- estaría quebrantando la Constitución, al otorgarle requisitos o condicionantes de creación de una entidad local “...una categoría o rango similar a la entidad a la que se encuentra llamada a servir de sustento territorial, como sucedería con respecto al distrito metropolitano...” que “...contraviene expresamente la función que constitucionalmente tiene otorgada dicha área metropolitana en el artículo 171 de la Constitución y así solicitamos que sea declarado por este Tribunal Constitucional”.

Establecidos los argumentos que fundamentan la pretendida nulidad, esta Sala observa que las disposiciones constitucionales delatadas como vulneradas son del tenor siguiente:

“Artículo 169.- La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados.

La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local”.

“Artículo 170. Los Municipios podrán asociarse en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia. Por ley se determinarán las normas concernientes a la agrupación de dos o más Municipios en distritos metropolitanos”.

“Artículo 171. Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como distritos metropolitanos. La ley orgánica que al efecto se dicte garantizará el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecerá sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control. También asegurará que en los órganos de gobierno metropolitano tengan adecuada participación los respectivos Municipios, y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano.

La ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los distritos metropolitanos atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros factores de importancia. En todo caso, la atribución de competencias para cada distrito metropolitano tendrá en cuenta esas condiciones”.

“Artículo 172. El Consejo Legislativo, previo pronunciamiento favorable mediante consulta popular de la población afectada, definirá los límites del distrito metropolitano y lo organizará según lo establecido en la ley orgánica nacional, determinando cuáles de las competencias metropolitanas serán asumidas por los órganos de gobierno del respectivo distrito metropolitano.

Cuando los Municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponderá a la Asamblea Nacional su creación y organización”.

“Artículo 173. El Municipio podrá crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio. Su creación atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer a la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. En ningún caso las parroquias serán asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del Municipio”.

De acuerdo a lo transcrito *supra*, la organización municipal se regirá por las normas establecidas por la propia Constitución, por las leyes orgánicas nacionales que desarrollen los

principios constitucionales en dicha materia, y las que dicten los Estados en el ejercicio de su competencia para regular su división político-territorial, de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (*Vid.* Sentencia N° 2257/2001; caso: *Alcalde del Municipio Maracaibo del Estado Zulia*; ratificada en sentencias N° 1592/2009 y 1618/2009).

De acuerdo con lo anterior, la organización de los Municipios se regirá por las normas establecidas en el mismo Texto Fundamental y en las leyes que se promulguen para tales fines; entre las que cabe mencionar la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, como marco normativo nacional dictado para organizar las distintas entidades municipales.

Al respecto, esta Sala Constitucional (s. 1032/2012; caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*), asentó que la organización de los Municipios se nutre de las fuentes normativas siguientes: (i) la Constitución, (ii) las leyes orgánicas nacionales, y (iii) as disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los estados; por lo que debe respetarse lo que establezca la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, luego las leyes orgánicas y finalmente las leyes estatales. En tal sentido, la Sala en el referido fallo sostuvo lo siguiente:

“En este sentido, la Constitución establece una suerte de pirámide en relación con las fuentes normativas que en torno a la organización de los Municipios debe aplicarse. Establece además el principio de la reserva legal en esta materia -organización municipal- ya que no podrán actos con rango sub-legal organizar a los municipios.

En este aspecto, si el Poder Nacional pretende organizar a los Municipios deberá hacerlo a través de una ley orgánica y si los Estados quieren hacer lo propio deberán dictar una ley estatal.

Ahora bien, esta ley estatal -tal y como lo dice la norma constitucional- no sólo tiene que estar sometida al texto fundamental, sino que además debe dictarse de conformidad con las disposiciones establecidas en las leyes orgánicas correspondientes.

(...)

Este estudio, se justifica en el caso de autos, ya que es la propia Constitución la que ordena en su artículo 169 que la organización de los Municipios esté sometida a una ley orgánica nacional, lo cual, resulta necesario a consecuencia del carácter federal y descentralizado del Estado y a la necesaria coordinación que debe establecerse entre los entes político territoriales, vía ley nacional, a la cual, en consecuencia, se encuentran sometidos”. (*Cfr.* Sentencia 1032/2012).

Ahora bien, el régimen organizativo municipal actual es consecuencia y tiene su origen directo en lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de 1961 que establecía que “[l]a organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución...”. Esta disposición, concatenada con el artículo 28 del Texto Fundamental de 1961, que consagraba que “[l]os Municipios podrán ser agrupados en Distritos. También podrán los Municipios constituir mancomunidades para determinados fines de su competencia”; comprendía el primer fundamento que condicionó la implementación del artículo 13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. Ext. 4.054 de 10 de octubre de 1988); con la finalidad de desarrollar, en ese momento, las siguientes modalidades asociativas y desconcentradas a nivel local: (i) los distritos municipales; (ii) los distritos metropolitanos; (iii) las parroquias y; (iv) las mancomunidades.

Esta disposición comprendió el desarrollo de la noción dada por la Constitución de 1961, que definía al Municipio como la unidad político fundamental (art. 25) y permitía la posibilidad de crear otras entidades en escalas superiores e inferiores entendidas como entes

locales (art. 26). La concepción dada a los entes locales conforme al artículo 13 de la entonces Ley Orgánica de Régimen Municipal, obedecía a la posibilidad del anterior Texto Constitucional de crear las “...*demás entidades locales*...”; dando origen a establecer mediante la ley, la posibilidad de crear las figuras organizativas antes mencionadas.

La referida norma fue modificada por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Público de 2005 (el cual no fue alterado en las reformas de 2006 y 2009), el cual previó, además de los Municipios, como entidades locales territoriales, a los Distritos Metropolitanos y a las Parroquias y demás demarcaciones dentro del territorio, como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

Esta disposición, finalmente, fue objeto de cambio en la reforma de esta Ley llevada a cabo en 2010, con el objeto de implementar: (i) la comuna y; (ii) las áreas metropolitanas. Ahora bien, el cuestionamiento señalado por las partes demandantes se circunscribe a debatir la constitucionalidad de la Comuna y las Áreas Metropolitanas, por cuanto consideran que tienen el carácter de entidades político-territoriales no previstas por la Constitución y que generarían un desmembramiento del orden geopolítico tanto de la República, como de los Estados y los Municipios.

En conexión con lo anterior, la Sala observa que el artículo 169 de la Constitución de 1999, mantiene el mismo propósito del artículo 26 de la Constitución de 1961, al prever también que “...*La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados*”.

Igualmente debe destacarse que el artículo 173 constitucional prevé que “...[*l]a legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal*...”; razón por la cual aprecia esta Sala que ambos preceptos fundamentales permiten la implementación de otras entidades basadas en sus características físicas (como el barrio, la urbanización, la aldea y el caserío, y ahora, las áreas metropolitanas), asociativas (mancomunidades y su evolución a distritos metropolitanos) y por asociación de grupos poblacionales para la participación (las comunas).

Debe señalarse que las formas de entidades locales no presuponen una nueva conformación en la estructura vertical del Poder Público, el cual tiene su núcleo primario en el Municipio, tal como expresamente lo prevé el artículo 168 de la Constitución, siendo la unidad *político-territorial* básica con autonomía y poder de decisión en las materias conferidas por el texto fundamental. Por tanto, las demás *entidades locales*, carentes de tal condición por no estar previsto así por la Constitución, no pueden entenderse como divisiones forzosas del territorio, toda vez que son el sustrato físico donde se asientan los distintos sistemas de participación y el asentamiento de las comunidades o demás grupos comunitarios, sin que comporten una subdivisión estructural de los Municipios, de los Estados ni de la República.

Son mecanismos de participación ciudadana y de agrupamientos colectivos y vecinales sobre una base física determinada que necesariamente requieren de ese sustrato que permita su identificación e individualización. Fue ese el sentido que el Legislador dio a las comunas para que puedan integrarse independientemente del territorio municipal, por lo que a diferencia de resultar en un desmembramiento del Municipio -como lo afirman los recurrentes- comporta una noción distinta e independiente que no guarda relación con los límites del poder local.

Se trata de una entidad de base participativa e integral de la colectividad ajena a la división político-territorial, por tanto, no forman parte del esquema tradicional de la división vertical del Poder Público, ya que son el asentamiento real de los grupos comunitarios y demás esquemas de participación y su establecimiento, entendido como el área física donde pueden operar, no ocluye los límites municipales, al igual que las demás modalidades previstas por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010.

Precisamente, esta disposición mantiene un espíritu contrario a lo señalado en la impugnación presentada por la entidad municipal demandante, al diferenciar el área de asentamiento comunal y su prescindencia de los límites político territoriales, al entenderse que la misma no constituye alteración alguna de los mismos, al establecer que “[1]a comuna, como entidad local de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativos de dos o más municipios, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya”. Sentido que se repite en el artículo 9 de la Ley Orgánica de las Comunas (G.O. Ext. núm. 6.011 de 21 de diciembre de 2010), cuando plantea: “Atendiendo a las condiciones históricas, integración, rasgos culturales, usos, costumbres y potencialidades económicas, el ámbito geográfico donde se constituya la Comuna, podrá coincidir o no con los límites político-administrativos de los estados, municipios o dependencias federales, **sin que ello afecte o modifique la organización político-territorial establecida por la Constitución de la República**”. (Resaltado agregado)

Asimismo, esta Sala observa que los parámetros establecidos para la creación de las Parroquias no obstaculiza la potestad municipal en llevar a cabo su conformación, toda vez que el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no condiciona la creación de las parroquias a una autorización de las agrupaciones de participación popular; sino que establece las condiciones necesarias para su creación, en el sentido que se cumpla con un nivel de ordenación que les permita adquirir, tanto en lo físico como en lo poblacional, la connotación político territorial de Parroquia.

Por su parte, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal prevé que las Parroquias y demás entidades locales dentro del territorio municipal solamente podrán ser creadas mediante ordenanza, aprobada por mayoría calificada 3/4 de los integrantes del Concejo Municipal, con la organización, funciones, atribuciones y recursos que se les confieran; por lo que el desarrollo del artículo 32 *eiusdem*, que prevé la iniciativa para solicitar su creación, no se puede entender como que su creación sólo pueda realizarse exclusivamente a instancia de los consejos comunales, y, únicamente, a fines y servicios de los sistemas comunales.

En este orden, la norma prevista en el artículo 32 de la referida Ley, establece la iniciativa para los ciudadanos de solicitar la creación de una Parroquia si cuentan con el apoyo de no menos del quince por ciento (15%) de los residentes en el territorio municipal inscritos en el registro electoral, sin que esto pueda entenderse como una iniciativa exclusiva dado que la misma disposición también confiere dicha iniciativa al Alcalde y al Concejo Municipal, por tanto, no implica una sustracción de la potestad municipal.

Por otro lado, la parte demandante cuestiona el sentido de las competencias que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal otorga en sus artículos 35 y 37 a las Juntas Parroquiales, respecto a la articulación entre las distintas formas participativas de la comunidad, en específico, a los consejos comunales, por cuanto considera que la misma desnaturaliza la previsión del artículo 173 de la Constitución.

De esta manera, consideran que la Ley “...pretende establecer una noción distinta de parroquia, en tanto entidad local cuyo objeto no es la gestión de materias desconcentradas de la competencia municipal –como ordena la Constitución– sino que pretende considerarla como una entidad de –articulación ente (sic) el poder popular y los órganos del Poder Público como se lee del artículo 35 modificado en dicha Ley de reforma parcial...”.

Al respecto, debe entenderse que lo dispuesto en las mencionadas disposiciones no determina ni encierra la posibilidad de que las Parroquias puedan asumir otras competencias o atribuciones adicionales, más allá de lo indicado en el mencionado precepto normativo, toda vez que el sentido dado por el mismo artículo 173 de la Constitución permanece aplicable en el mismo sentido que se les ha dado, sin que el conferimiento de competencias o atribuciones mediante ley puedan socavar lo dispuesto por la norma fundamental.

Como prevé la norma constitucional, las Parroquias se crearán conforme a las condiciones que determine la ley, y atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos; siendo elementos que engloban el desarrollo previsto en las disposiciones de iniciativa y participación previstos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de la cual debe acotarse el agregado dispuesto en el artículo 30 *eiusdem* que prevé que “[l]as parroquias y las entidades locales, dentro del territorio municipal son demarcaciones con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales”.

Siendo así, esta Sala determina que los artículos 19, 30, 33, 35 y 37 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no comportan de modo alguno una violación al orden geopolítico de la división del territorio en los términos expuestos por los recurrentes, por lo que desestima su impugnación. Así se decide.*

4. Poder Municipal

A. Autonomía Municipal. Transferencia de competencias a entes comunales. Descentralización

TSJ.SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala estima que ni autonomía municipal ni las potestades públicas pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta, considerando que las disposiciones constitucionales relacionadas con los principios de participación ciudadana en el régimen de competencias municipales no atentan contra el régimen municipal.

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas.”, publicados en la revista N° 149-150, primer semestre 2017.

Al respecto, esa representación judicial sostiene que la integridad del texto contenido de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, incurre en el vicio de fraude a la Constitución por establecer disposiciones que conllevarían al socavamiento de la autonomía municipal y del régimen de competencias administrativas.

Consideran que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, pretende el establecimiento de un Estado comunal paralelo, sustentado en el ejercicio de la soberanía por parte de la ciudadanía que “...irá vaciando progresivamente...” las competencias municipales, alterando su esencia para responder a las finalidades del “*poder popular*” como parte del Poder Público, a través de la sustitución de las materias conferidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los entes políticos territoriales, implementando modificaciones contrarias a la autonomía municipal.

En este punto, la Sala estima necesario establecer el marco normativo sobre el cual se habrían implementado los señalamientos expuestos, atendiendo tanto las disposiciones que fueron modificadas en la reforma de la Ley, como aquellas que han permanecido sin cambios, y que establecen modalidades prestacionales en materias de servicios adjudicadas al ámbito municipal.

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal determina lo siguiente:

“**Artículo 1.-** La presente Ley tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades organizadas, y a las comunas en su condición especial de entidad local, como a otras organizaciones del Poder Popular”.

Por su parte, también debe hacerse referencia al artículo 2, que dispone:

“**Artículo 2.-** El Municipio constituye la unidad política primaria de la organización nacional de la República, goza de personalidad jurídica y ejerce sus competencias de manera autónoma, conforme a la Constitución de la República y la ley. Sus actuaciones incorporarán la participación protagónica del pueblo a través de las comunidades organizadas, de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados”.

Ambas disposiciones comprenden el fundamento por el cual la mencionada representación municipal cuestiona el sentido y alcance de la Ley al considerarla que implica un fraude a la Constitución, traducido en la eliminación de las competencias que forman parte de la autonomía municipal: “...la esencia del municipio para que éste responda ahora, a las finalidades del poder popular (sic): (i) que el municipio, en tanto unidad política primaria del Estado debe fomentar la participación ciudadana a través del poder popular para la construcción del socialismo; (ii) que el municipio (sic) debe transferir competencias y servicios a las comunidades organizadas mediante instancias del poder popular (sic), especialmente las comunas; (iii) que a pesar de que el municipio (sic) es formalmente la unidad política primaria de nuestro Estado federal, existirá la comuna como espacio territorial inferior al municipio (sic) y que, además, el municipio (sic) no tendrá ningún control sobre su creación ni funcionamiento, el cual corresponde al poder nacional (sic); (iv) modifica inconstitucionalmente la figura de la junta parroquial, cambiando su estructura, su finalidad y el modo de elección de sus miembros.

En definitiva, [alegan que] se pretende sustituir no solo el sistema democrático del poder que establece la Constitución, sino además pretende sustituirse el sistema de distribución de competencias entre los entes políticos-territoriales reconocidos en la Constitución de la República, Estados y Municipios y la autonomía municipal constitucionalmente garantizada...”

El sentido otorgado por la parte demandante a las disposiciones cuestionadas debe ser revisado en atención a lo dispuesto en los artículos 157, 158 y 184 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, previsiones fundamentales en la constitucionalización del régimen de la descentralización:

“Artículo 157.- La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización”.

“Artículo 158.- La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”.

“Artículo 184.- La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.
2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.
3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras fórmulas asociativas.
4. La participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.
5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.
6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios, y las vecindades a fines de garantizar el principio de corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.
7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población”.

El mandato previsto en la Constitución obedece necesariamente a la necesidad de implementar un mecanismo por el cual el régimen de competencias conferido a los entes político-territoriales pueda evolucionar, en la medida de lo posible, en una decantación que permi-

ta la aproximación en la prestación de los servicios esenciales para el beneficio de la población. La norma constitucional establece una perspectiva basada en la implementación de un sistema normativo que prevea, en su mejor sentido, generar mecanismos que acerquen a cada una de sus escalas, la asignación o conferimiento, mediante los distintos mecanismos administrativos propios de la descentralización, de las competencias, atribuciones y del sistema prestacional de servicios, el cual tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado, así como la eficiencia que pueda mantener para satisfacer sus propias necesidades y las del resto de la población.

Las competencias establecidas en la Constitución determinan un conferimiento de materias dependiendo de cada nivel político-territorial sin que ello obste la posibilidad de que cada entidad pueda realizar esa misma actividad en función de satisfacer las necesidades colectivas siempre que no exista una reserva de exclusividad conforme al ordenamiento jurídico. En los supuestos permitidos la prestación del servicio puede ser realizada por otra entidad siempre que esté en capacidad y en razón de su naturaleza prestacional; o cuando se ha trasladado la competencia o la atribución mediante el proceso de descentralización.

Sin embargo, ambos supuestos no se traducen en un ejercicio fortuito de materias ni una yuxtaposición desordenada de competencias ni de atribuciones; sino que obedece más bien, a la necesidad de permitir una articulación que facilite una actuación coherente, eficiente, sistemática y ordenada traducida en la permanencia, aptitud y continuidad de la prestación del servicio realizado, fin último sobre el cual debe responder todo proceso de descentralización.

Sobre el particular, esta Sala mediante decisión n° 2.495/06, estableció consideraciones con respecto al régimen de la descentralización y el esquema competencial que debe existir entre los distintos niveles territoriales. En su momento, al realizarse un conjunto de consideraciones con respecto al artículo 164.10 constitucional, se determinó lo siguiente:

“(…) la decisión constituyente contenida en el artículo 4° de texto fundamental de 1999, en el sentido de que la estructura de nuestro Estado fuese federal descentralizada, no puede leerse, sin más, como lo pretenderían implícitamente los solicitantes, como el resultado de la opción constituyente por un Estado perfectamente (o absolutamente) descentralizado (lo que es lo mismo: por el modelo de federalismo dual), pero tampoco, lo cual es más obvio, por uno perfectamente (o absolutamente) centralizado.

Tanto la tesis del federalismo cooperativo, como la kelseniana de la gama de modelos entre los extremos descentralización-centralización, rechazan la versión de un Estado en el que sus miembros tuviesen sólo competencias exclusivas y excluyentes, y en el que no se diesen relaciones de ninguna especie.

Pues, si bien es cierto que, ‘en hipótesis, cabe pensar en un régimen en el que la Constitución hubiera dividido la totalidad de las materias de gestión pública de forma neta y limpia, adjudicando bloques compactos a cada uno de los entes (...) que serán gestionados por cada uno de los entes en estricta incomunicación con los demás’ (al modo del federalismo dual), ‘un sistema tal no sería sencillo de plasmar, ni realista...’ (Cfr. Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, I, pp. 182-183).

Por otra parte, hay que insistir también que, si nuestra Constitución ha preferido un modelo de federalismo cooperativo, en los términos anteriormente explicados, a este modelo subyace, necesariamente, un orden de relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del Poder Público que van, en algunas materias, desde la neta separación, hasta otros niveles en que las relaciones son o de cooperación o de supremacía.

Que tales relaciones de cooperación o de supremacía caracterizan los Estados contemporáneos, lo alcanzó a reconocer Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución, publicada en 1928. Para Schmitt, 'desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial estancados' (pero) 'dentro de una Federación no puede haber esa cerrada impermeabilidad' (Cfr.: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1ª edición, 1986, p 362).

La Sala conviene en que esa 'cerrada impermeabilidad' a que se refería Schmitt, a la luz de nuestra Constitución, no es ni posible 'ni realista', como acotaría Santamaría Pastor, ya que en nuestro modelo de federación descentralizada no puede haber en la relación entre la República y los Estados la impenetrabilidad e impermeabilidad que de la comunidad interestatal daba noticia el autor alemán. Y ello es así porque, como opinaba Kelsen, 'si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autónomos de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad siquiera reflejada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización' (Cfr. *Opus. cit.*, p.215).

En nuestro caso, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, rechazó una descentralización que negase la 'totalidad' estatal a la que se refirió el último texto citado; 'totalidad' en que se insertan los diversos entes político- territoriales reconocidos en la Constitución, pues, como lo advertiría Schmitt en el mismo sentido en que lo hizo Kelsen en el texto referido), 'un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total' (*opus cit.*, p. 349).

Como lo anunciamos en el párrafo anterior, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, se acercó, en cuanto a la estructura vertical de ejercicio del Poder Público, a un modelo de federación descentralizado cooperativo. En lo general, al propugnar como principios definidores de nuestro federalismo descentralizado los de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4º); y en lo particular, al consagrar en su artículo 164.10 que el ejercicio de las competencias de los Estados en torno a los puertos de uso comercial, debía darse a través de un instrumento que garantizase la necesaria homogeneidad en la prestación de ese servicio (...)"

El desarrollo del marco de competencias llevado a cabo por la división territorial del Poder Público, no debe entenderse como una asunción exclusiva e impenetrable que no permita actuaciones concomitantes. Para ello existe el traslado de competencias, de las atribuciones, así como la autogestión, cogestión, cooperación y autorización para la prestación de servicios que no estén reservados con carácter de exclusividad, en los términos referidos en los artículos 157 y 165 de la Constitución. Esto último no puede entenderse como una cláusula que impida a los entes territoriales inferiores solicitar el traslado de la competencia cuando demuestren plenamente su capacidad de llevar a cabo su asunción y ejecutar con eficiencia su prestación.

El marco de la descentralización tiene también un elemento adicional que se suma a la múltiple intervención de los distintos niveles territoriales conforme a la Constitución, entendida como base para establecer un orden de actuación: la colectividad también se encuentra habilitada mediante un doble aspecto constitucional, previsto tanto en las normas constitucionales en materia de descentralización -entiéndase en este punto el artículo 184 constitucional- y las disposiciones fundamentales relativas al derecho de participación, que no sólo acentúan el ejercicio de los principios de la democracia directa desde una perspectiva política, delimitada en la potestad para la toma de decisiones en los asuntos de la sociedad y en la designación de autoridades; sino también desde un sentido del derecho de participación plasmado en el pleno ejercicio de funciones administrativas que trascienden más allá de una simple acción eventual o accidental, pues la ciudadanía puede, en la medida de sus capacidades, entronizar-

se mediante distintas modalidades organizativas, permitidas por la Constitución y distintas leyes, sin que medie un solo mecanismo o esquema normativo para su integración, pudiendo asumir desde el punto de vista constitucional, la realización de materias y la prestación de tareas que pertenezcan a los distintos niveles político territoriales.

En este sentido, independientemente de que la Administración Pública asuma la prestación de los servicios encomendados, el orden sistemático de los artículos 62, 70 y 184 de la Constitución establecen la factibilidad de que los grupos sociales, debidamente organizados, asuman, cuando se encuentren en niveles óptimos de su capacidad, la prestación de servicios públicos y la ejecución de determinadas materias asumibles con base en el sentido y naturaleza de las mismas. Ello es el sentido que otorga el artículo 62 constitucional al papel protagónico de la ciudadanía.

Esta connotación de la participación popular en la prestación de servicios tiene una dualidad autónoma y heterónoma toda vez que la colectividad, al procurar un grado óptimo de perfeccionamiento, puede asumir ciertas materias que le guarden una vinculación directa a su interés. Asimismo, el Estado, mediante la actuación de los distintos niveles político-territoriales, está en el deber de elaborar los sistemas normativos y las políticas de ejecución que permitan la aproximación de las competencias y los servicios a los entes político territoriales inferiores y de éstos hacia la población, comprendiendo la factibilidad de que ella misma las asuma en mayor o menor grado, la ejecución de los servicios que optimicen un mayor logro y eficiencia sobre la base de la proximidad e inmediatez que recae en la población.

A modo referencial, dicho alcance podría comprenderse en los siguientes términos: *“La participación de la gente y de sus dirigentes debe ser activa, integral y equilibrada; efectiva, comprometida y responsable. No debe quedar sólo en la letra de la ley, sino primordialmente en el espíritu de los pueblos; en este orden, requiere de la promoción y el respeto de las asociaciones intermedias por parte del Estado. El hombre debe ser partícipe de la gestión pública en sus distintos niveles institucionales, desde que la sociedad pluralista impone un reparto de competencias en distribución subsidiaria entre las asociaciones que viabilizan la participación individual y la cooperación social. Pero la participación no debe ser solamente ciudadana o popular; por el contrario, también debe incluirse la institucional de los Estados menores (las provincias, las regiones, los municipios), que conforman todo el elenco del aparato estadual para llegar a la más íntima y directa relación con los ciudadanos”* (Cfr. DROMI; Roberto. *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Servicio de Publicaciones-Facultad de Derecho Universidad de Complutense. Madrid-México, 2005, p. 95).

Históricamente dentro del desarrollo de este proceso se ha encontrado presente la figura de la descentralización por colaboración, lo que ha comprendido un primer paso para avizorar un desarrollo dentro del plano constitucional que no sólo refuerce esta institución desde la perspectiva de materias llevadas a cabo y vistas desde este ámbito; aunado a ello, debe entenderse que el derecho a la participación también forma parte del sentido dado por la Constitución para estructurar que el cumplimiento en la satisfacción de las cargas públicas llevadas a cabo por los mismos ciudadanos, por lo que el sentido de la actuación directa sobre sus propios asuntos, como se indicase, no se inicia y culmina en el desarrollo de los derechos políticos. Esa connotación también se encuentra determinada en el cumplimiento de funciones originariamente adjudicadas al Estado que, posteriormente, pueden ser transferidas y delegadas cuando el nivel de desarrollo y estructuración de los grupos poblacionales hayan cumplido un proceso donde los servicios pueden ser ejecutados por ellos mismos.

Para ello, la Constitución avala en un sentido amplio a los distintos niveles político territoriales para que elaboren políticas y normas que permitan el acometimiento de estos fines.

Igual establece el derecho de participación tanto desde un plano de toma de decisiones (plano político), como para la prestación de servicios (plano administrativo) destinados a cubrir necesidades en lo social. Esta ha sido la finalidad delimitada por el artículo 168 al determinar sobre la participación: *“Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando a la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley”*.

Esto comprende una integración de los derechos sociales con los asuntos públicos, eliminando la antigua dicotomía existente entre el Estado y la sociedad civil y procurando una aproximación entre ambos. Por tanto, en ese sentido se requiere la integración, en un mismo plano, de los derechos y del acercamiento hacia la ciudadanía para que asuma un conjunto variado de deberes y responsabilidades colectivas en la gestión de sus intereses comunitarios, imprimiendo una mayor autonomía en la participación social contando con mecanismos y espacios oficiales para la ejecución de servicios.

En los términos en que se expone este fallo, la normativa objeto del presente análisis, comprendida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, establece en sus primeros artículos los principios de la participación social en el proceso de descentralización. Ahora bien, aún cuando la representación del Municipio Baruta centró sus cuestionamientos hacia la reforma de la Ley, estima la Sala que estas disposiciones deben visualizarse conjuntamente con aquellas contenidas en el Título VI, Capítulos I, II y III, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, las cuales establecen la participación protagónica en la Gestión Local.

En este punto, los demandantes cuestionan específicamente los artículos 278 al 282 del Capítulo III, que prevén:

“Artículo 278.- Los municipios de acuerdo a su ordenanza y a las leyes que regulan la materia, descentralizarán y transferirán a las comunidades y grupos vecinales organizados, la prestación de los servicios públicos municipales, previa demostración de su capacidad para prestarlos”.

“Artículos 279.- Las comunidades y grupos vecinales organizados que soliciten la descentralización o transferencia de un servicio público municipal deberán demostrar como mínimo:

1. Capacidad legal.
2. Formación profesional o técnica en el área relacionada con el servicio.
3. Experiencia previa en gestión de servicios públicos o en áreas afines del servicio solicitado.
4. Comprobación por certificación emitida por el Municipio, de los planes de formación ciudadana.
5. Comprobación por certificación emitida por el Municipio, de curso en el área.
6. Legitimidad ante la comunidad involucrada.
7. Presentación del proyecto.
8. Cualquier otro que se determine en las leyes, reglamentos y ordenanzas”.

“Artículo 280.- La descentralización y la transferencia de servicios y recursos se harán mediante convenios, suscritos entre el Municipio y la comunidad o grupo vecinal organizado legalmente constituido, previa elaboración del programa del servicio solicitado, de acuerdo a lo establecido en las normativas que regulan la materia”.

“**Artículo 281.-** El Municipio podrá intervenir el servicio o reasumir la prestación del servicio público transferido o descentralizado a comunidades y grupos vecinales organizados, cuando se deje de prestar el servicio o se preste deficientemente.

Para que proceda esta medida será necesario el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes de la Cámara Municipal”.

“**Artículo 282.-** La transferencia de competencias y servicios de los estados a los municipios, y de éstos a las instancias del Poder Popular, se realizará de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno”.

Vista la remisión normativa prevista en el citado artículo 282, se considera necesario hacer referencia a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Consejo Federal, cuyo artículo prevé lo siguiente:

“**Artículo 7.**

Transferencia de Competencias

La transferencia de competencias es la vía para lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”.

Considera la representación del Municipio Baruta que dicha normativa acarrearía un detrimento a la autonomía municipal por estimar que las mismas permiten una pérdida de las competencias municipales.

En primer orden, el artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece taxativamente la potestad que tienen los municipios para reasumir los servicios en aquellos casos en que no exista una prestación eficiente por parte de los grupos colectivos debidamente organizados; el sentido de esta disposición debe interpretarse de manera concatenada con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras atribuciones (G.O. Ext. 6.079 de 15 de junio de 2012, reeditada en G.O. 39.954 de 28 de junio de 2012) que prevé la reversión en aquellos casos en que los resultados y conclusiones de las actuaciones que realicen los órganos de control fiscal externo, o la contraloría social, evidencien deficiencias o irregularidades en la ejecución de la gestión o administración transferidas, sin que los sujetos de transferencias (grupos comunitarios) hayan subsanado dichas faltas, permitiéndose a los órganos y entes del Poder Público dar inicio al procedimiento correspondiente. Esta disposición guarda el mismo sentido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (G.O. 39.140 de 17 de marzo de 2009), que prevé la reversión de las competencias conferidas a los Estados por razones de interés general.

En ese punto, debe entenderse que las transferencias deben efectuarse mediante *convenios* los cuales deben ser suscritos de mutuo acuerdo entre los entes político-territoriales y los denominados *sujetos de transferencia* (art. 5.1 del referido Decreto Ley), por lo que no existe constreñimiento para ninguna de las partes que puedan eventualmente suscribir dicha convención. Esto tiene como causa adicional que deba existir una demostración comprobada frente a los organismos rectores de la descentralización y los entes político-territoriales, que los grupos comunitarios (*sujetos de transferencia*) sean fehacientes en alentar a la misma población que han obtenido un nivel de capacidad tal, que puedan ser encomendados para asumir la prestación de un determinado servicio.

En el sentido constitucional, respecto a la materia de la descentralización administrativa debe concebirse necesariamente que *las competencias* constitucionalmente entendidas, pre-

suponen tres aspectos sobre los cuales los entes político territoriales fundamenten el ejercicio de su actividad bajo los siguientes aspectos: *i)* el conferimiento de una *potestad pública* entendida en la adjudicación del poder de autoridad que habilita al Ente territorial para realizar las funciones encomendadas por la propia Constitución; *ii)* la *materia* entendida como el ámbito en donde la autoridad puede desplegar el ejercicio de las potestades; y *iii)* los *servicios* comprendidos por las funciones materiales y concretas de índole prestataria destinadas a la realización de la actividades satisfactorias de las necesidades colectivas.

Podría entenderse que la *potestad pública* identifica totalmente la noción de *competencia*, cuando la misma es una parte integrante de ésta. Tanto la materia como la asignación de servicios son elementos conformantes de la misma noción y determinan un mayor o menor nivel en el manejo de la misma, asumiendo distintos grados o niveles en el desarrollo y distribución de las atribuciones, sea por cogestión o autogestión y considerando el convenio celebrado entre las partes.

En todos estos supuestos, no se encuentra prevista la pérdida de las *potestades públicas* conferidas por la Constitución a los entes político-territoriales por cuanto las mismas son de expresa determinación fundamental y no pueden entenderse como una renuncia en los supuestos que se pretenda aproximarse a la colectividad, mediante la aplicación de la descentralización administrativa y la participación popular. La posición que en un principio muchos sectores han asumido con respecto a la participación como desmedro de los sistemas representativos ha sido superada, al entenderse que ninguna de ambas modalidades de la manifestación popular y la asunción de actividades puede visualizarse como incompatibles; por el contrario, deben asumirse en una acepción coadyuvante: *“En efecto, para un sector existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones. Para otro, en cambio, esta supuesta contradicción es cosa del pasado, ya que, como la experiencia comparada lo demostraría, las instituciones de democracia directa, más que una alternativa per se, deben ser vistas como complemento de la democracia representativa”* (Cfr. ZOVATTO, Daniel. *Las Instituciones de Democracia Directa*. En: *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. Ediciones del Fondo de Cultura Económica. México 2007. p. 134).

En el presente caso, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no implican de manera alguna una pérdida o renuncia de la competencia, toda vez que ésta se encuentra supeditada a lo previsto en el propio Texto Constitucional, el cual prevé su ejercicio primario por parte de los Municipios, sin que las distintas manifestaciones del procedimiento de descentralización y de la participación popular impliquen merma alguna. En consecuencia, tanto la autonomía municipal como las *potestades públicas* no pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta.

Siendo así, esta Sala Constitucional determina que las disposiciones constitucionales relacionadas con los principios de participación ciudadana en el régimen de competencias municipales no atentan contra el régimen municipal; razón por la cual, concluye esta Sala que el cuerpo normativo contenido en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no comprende de modo alguno un fraude constitucional, en el sentido de atentar contra el régimen atributivo de competencias de los Municipios, por lo que se desestiman los señalamientos expuestos por la representación judicial del Municipio Baruta. Así se decide.*

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La con-

B. *Autonomía Municipal. Sometimiento del Municipio a un sistema de planificación centralizada*

TSJ-SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

La Sala estima que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no viola la autonomía municipal al someter al Municipio a un sistema de planificación centralizada.

Las disposiciones impugnadas por los miembros de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo y por la Alcaldía del Municipio Baruta, se encuentran referidas a la Organización del Poder Público Municipal y del Sistema Nacional de Planificación:

“**Artículo 110.-** El municipio se regirá por el Sistema Nacional de Planificación establecido en la ley que regula la materia, que promueve la coordinación, consolidación e integración equilibrada de la actividad planificadora, a favor de una política de ordenación que permita dar el valor justo a los territorios, dando relevancia a su historia, a sus capacidades y recursos físicos, naturales, ambientales y patrimoniales; así como las potencialidades productivas que garanticen el bienestar social de todos los venezolanos y venezolanas”.

“**Artículo 111.-** El Consejo Local de Planificación Pública es el órgano encargado de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo y los demás planes municipales, en concordancia con los lineamientos que establezca el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y los demás planes nacionales y estatales, garantizando la participación protagónica del pueblo en su formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, en articulación con el Sistema Nacional de Planificación”.

“**Artículo 112.-** El Consejo de Planificación Comunal es el órgano encargado de la planificación integral que comprende el ámbito geográfico y la población de una comuna, así como diseñar el Plan de Desarrollo Comunal, en concordancia con los planes de desarrollo comunitario propuestos por los consejos comunales y los demás planes de interés colectivo, articulados con el Sistema Nacional de Planificación, de conformidad con lo establecido en la legislación que regula las comunas, los concejos comunales y la presente Ley; contando para ello con el apoyo de los órganos y entes de la Administración Pública. A tales efectos, es deber de las instancias que conforman la organización del Municipio, atender los requerimientos de los diversos consejos de planificación existentes en cada una de las comunas para el logro de sus objetivos y metas”.

Al respecto, la representación de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo, consideró que las normas cuestionadas, antes transcritas, contrarían la autonomía municipal al supeditar el diseño y la rectoría de la actuación municipal al Consejo Local de Planificación Pública y al Sistema Nacional de Planificación cuando dichas actividades son competencia del Ejecutivo Municipal. Por su parte, la Alcaldía del Municipio Baruta señala que las disposiciones mencionadas vulneran los artículos 16, 168, 173 y 178 constitucionales, que confieren al Municipio la promoción y el desarrollo económico y social en el ámbito de la vida local al someter la planificación a los estrictos parámetros del Poder Nacional.

fusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas”, publicados en la *Revista* N° 149-150, primer semestre 2017.

Sobre este particular, el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé lo siguiente:

“Artículo 299.-El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta”.

De acuerdo a la norma constitucional transcrita, la planificación consiste en la técnica mediante la cual el Estado, de manera conjunta con la colectividad, establece los lineamientos y las proyecciones sobre los cuales pretende, con base en los recursos socioeconómicos y la distribución del espacio físico, constituir los distintos marcos para el desarrollo del modelo productivo para el país.

Esta función recae en primer orden en manos del Poder Nacional quien debe establecer a nivel macro, los planes destinados a delimitar el desarrollo de los sectores productivos del país y de la economía real, atendiendo siempre a la facilidad de recursos que permitan escoger los tipos de actividad y la productividad, evitando, en la medida de lo posible, el socavamiento de los recursos y el impacto en el medio ambiente.

El mandato del artículo 299 constitucional confiere al Estado, entendido en el presente caso al Poder Público Nacional, la potestad para determinar los lineamientos esenciales a seguir para el desarrollo socioeconómico. Así, a partir del modelo que se adopte, deben dictarse los planes sucesivos para el logro de tal fin, delineándose una concesión de políticas repartidas en distintos niveles que obedezcan y cumplan con el plan esencial dictaminado a nivel nacional.

Para ello, a nivel macro se dicta el Plan Nacional de Desarrollo de la Nación y es a partir de este que se plantean los distintos planes y estructuras para la consecución de las políticas públicas.

Tal como se desprende del artículo 299 constitucional, el vértice de dirección establecido por el Poder Nacional debe ser llevado a cabo con la participación de todos los sectores de la vida del país, lo que comprenden también a los demás niveles político territoriales y la sociedad, estructuralmente conformada, participe según los modelos configurados por el ordenamiento jurídico para la obtención de los fines propuestos.

En ese sentido, la planificación a nivel local comprende la concreción de las políticas de máxima dirección que le corresponden al Poder Nacional, en los términos que determina el artículo 8 de la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular (G.O. 6.011 del 21 de diciembre de 2010), que prevé que “[e]l Sistema Nacional de Planificación tiene entre sus objetivos contribuir a la optimización de los procesos de definición, formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas en cada uno de sus niveles, a la efectividad, eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos públicos dirigidos a la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos para la transformación del país, a través de una justa distribución de la riqueza, mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta, para el logro de las metas establecidas en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”. En procura de esa finalidad, el artículo 10 de

la referida Ley estableció el andamiaje por el cual convergen los distintos sectores –públicos y sociales- entronizados en los siguientes órganos colegiados:

“Artículo 10.

Integración del Sistema Nacional de Planificación

Integran el Sistema Nacional de Planificación:

1. El Consejo Federal de Gobierno.
2. Los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas.
3. Los consejos locales de planificación pública.
4. Los consejos de planificación comunal.
5. Los consejos comunales”.

En razón de esta función, se establece el marco normativo que permite la aplicación del Plan Nacional en sus distintos niveles, lo que amerita el establecimiento de órganos integrados por la representación de las entidades político-territoriales y de la sociedad debidamente organizada. Precisamente, este ha sido el lineamiento por el cual se prevé la creación de los Consejos Locales de Planificación Pública conforme lo estipula su correspondiente Ley (G.O. Ext. 6.017 de 30 de diciembre de 2010).

En atención al artículo 2 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación, dichos órganos son la instancia de planificación a nivel municipal y se encuentran encargados de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estadales, con la garantía de la participación ciudadana para la formulación, ejecución, seguimiento, control y evaluación conjuntamente con el Sistema Nacional de Planificación Pública.

En ese sentido, los Consejos Locales de Planificación Pública deben estar integrados por los distintos actores que se desenvuelven dentro del ámbito concretizado de la vida colectiva. En ellos convergen los siguientes representantes del Poder Público Municipal y las formas asociativas de ciudadanos, representados de la siguiente manera:

“Artículo 6.

Integración

El Consejo Local de Planificación Pública, para el cumplimiento de sus funciones, estará conformado por:

1. El Alcalde o Alcaldesa.
2. Los concejales y concejalas del municipio.
3. Los Presidentes o Presidentas de las Juntas Parroquiales Comunes.
4. Un consejero o consejera por cada Consejo de Planificación Comunal existente en el municipio.
5. Un consejero o consejera por cada parroquia del municipio, electo o electa por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia.
6. Un consejero o consejera por cada uno de los movimientos y organizaciones sociales existentes en el municipio, de: campesinos, trabajadores, juventud, intelectuales, pescadores, deportistas, mujeres, cultores y de indígenas, donde los hubiere.

En aquellos municipios donde no existan parroquias se conformará una asamblea de voceros y voceras de los consejos comunales, la cual elegirá un número consejeros o consejeras ante el Consejo Local de Planificación Pública, igual a la cantidad de concejales o concejales del municipio.

El Consejo Local de Planificación Pública cuenta con una Presidencia, ejercida por el Alcalde o Alcaldesa del municipio; y una Vicepresidencia, ejercida por el consejero o consejera electo o electa del seno de los consejeros y consejeras de los movimientos y organizaciones sociales con presencia en el Consejo Local de Planificación Pública.

Conforme a lo anterior, la contextualización de los artículos 110, 111 y 112 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, no puede ser entendida como una violación al principio de la autonomía municipal, en razón de que el Municipio no tiene una competencia exclusiva sino concomitante en materia de planificación para la concreción de las políticas públicas dedicadas al desarrollo socioeconómico de la Nación, llevando a cabo la concreción de los planes dentro de las funciones de “... *ordenación y promoción del desarrollo económico y social...*”, en los términos del artículo 178 de la Constitución.

Para ello, esta Sala considera necesario ratificar lo establecido en [Véase *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p 202 y ss.] sentencia n° 2257 del 13 de noviembre de 2001, caso: *Fernando Chumaceiro*, en la cual estableció el sentido y alcance de la autonomía municipal:

“Ahora bien, es a partir de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales invocadas por los recurrentes -que enuncian y garantizan la autonomía municipal-, en concordancia con las normas contentivas de limitaciones a esa autonomía, como son las contenidas en los artículos 164 numeral 11 y 183 de la Constitución de 1999, que se puede establecer el carácter autónomo de los municipios y la legitimidad constitucional de la intervención de otras ramas del Poder Público en la conformación del mismo y en algunos ámbitos, que aun cuando en principio pudiera sostenerse que constituirían competencia exclusiva de estas entidades locales, otras disposiciones de rango constitucional su autonomía y ámbito competencial resulta atenuado, igualmente por imperio de la Constitución, al realizarse la asignación de competencias. Por esta razón, se podría afirmar que la autonomía municipal, es un concepto de estricto derecho positivo, y en razón a ello, dicha autonomía no puede ir más allá de lo que específicamente se desprende de los dispositivos constitucionales, o lo que es igual, no se trata de un gobierno libre dentro del Estado -como pareciera que entienden los recurrentes- sino de un Poder regulado por el Constituyente y por el Poder Legislativo.

Nótese que el artículo 169 de la Carta Magna, en su encabezado, establece que “***La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados***”.

Como se puede apreciar, del texto es evidente que, tanto unas como otras normas deberán ser dictadas sólo para desarrollar los principios constitucionales, lo que hace suponer que existen ciertos principios rectores ineluctables, tales como el de que la organización municipal, lo que en todo caso será democrática y responderá a la naturaleza del gobierno local, el que determina que la autonomía del Municipio el cual comprende la elección de sus autoridades, la gestión de las materias de su competencia, la creación, recaudación e inversión de sus ingresos y el control jurisdiccional de su actos.

Se observa con claridad que, la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estatales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales, debiendo esas leyes, por sobre todo, conservar y respetar ciertos -principios rectores- establecidos en el Texto Fundamental. Luego, el ámbito de esa autonomía sólo po-

dría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea. Así, como para el caso de autos, se debe llevar a cabo un análisis de la Constitución con la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de la Administración Central, la Ley de Servicio Eléctrico, y la Ley Orgánica de Protección al Consumidor y al Usuario.

Precisado lo anterior, debe sostenerse que los Municipios si bien poseen ciertas competencias no gozan de la plena libertad para la gestión de ciertas materias que aun cuando pertenecen a su esfera competencia la misma no le es propia, esto es, exclusiva, como pretenden los recurrentes, alegando que no se puede someter el ejercicio de dicha competencia a condicionamientos ni mediatización alguna, pues, con ello, a consideración de los recurrentes, se está violando el precepto constitucional que garantiza al municipio la libre gestión y plena autonomía, ya que en criterio de esta Sala, la ‘libre gestión de las materias de su competencia’ que garantiza la Constitución a los Municipios, se trata de una libertad condicionada, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estatales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados”.

De esta manera, se aprecia que son las mismas autoridades municipales las que integran los Consejos Locales de Planificación Pública y, por ende, tienen la obligación, conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, de llevar cabo una planificación que contemple tanto la ordenación de territorio como del desarrollo económico y social que incentive el mejoramiento y las condiciones de vida de la comunidad municipal, instrumento éste que comprende la concreción de los planes superiores y que puede delimitar otros desarrollos que beneficien a la población, siempre que no se aparten de los lineamientos establecidos tanto a nivel nacional como estatal.

En este sentido, se hace necesario hacer referencia al reciente criterio sostenido por esta Sala en la sentencia 137/2015 en relación a las funciones desarrolladas por los Consejos Locales de Planificación, en el cual se estableció lo siguiente:

“Adicionalmente, debe tomarse en cuenta el principio participativo que inspira nuestra Constitución (artículo 6 constitucional), que en materia municipal encuentra expresión a través de los Consejos Locales de Planificación (artículo 182 *eiusdem*), órganos que tienen como funciones preponderantes: i) Recopilar, pro-César y priorizar las propuestas de las comunidades organizadas; ii) Impulsar, coadyuvar, orientar y presentar dentro del Plan Municipal de Desarrollo las políticas de inversión del presupuesto municipal, contempladas en el artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Todo ello, de conformidad con los lineamientos del Plan de la Nación, los planes y políticas del Consejo Federal de Gobierno y del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas; iii) Presentar propuestas y orientar el Plan Municipal de Desarrollo hacia la atención de las necesidades y capacidades de la población, del desarrollo equilibrado del territorio y del patrimonio municipal; y, iv) Formular y promover ante el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas o el Consejo Federal de Gobierno los programas de inversión para el Municipio, entre otras”.

En este contexto, el ciudadano tiene a la mano una herramienta esencial para asumir su rol en una sociedad democrática, participativa y protagónica (*cf.* Preámbulo de la Constitución), y se sientan las bases para que el Municipio disponga de un ente para la discusión y toma de decisiones de manera compartida. En otras palabras, los actores institucionales y todos los actores que hacen vida local disponen de un espacio para la discusión, negociación y concertación; en consecuencia, la definición, caracterización y priorización de los problemas serán expresión de una real, eficiente y efectiva democracia participativa y protagónica (v. artículo 11 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública).

Para ello, se contempla que la Alcaldía tome las provisiones presupuestarias pertinentes para garantizar la actividad de los Consejos Locales de Planificación Pública (v. artículo 21 *eiusdem*).

Así, el régimen de planificación corresponde en sus directrices al Poder Nacional por ser éste parte del manejo del sistema socioeconómico. Los demás entes político-territoriales, tienen la función auxiliar de llevar a cabo la concretización de los planes nacionales, sin que tengan la autarquía para implementar un modelo distinto al prefigurado en el Plan Nacional de Desarrollo, pues no les está dado por la naturaleza de sus competencias constitucionales.

Por tanto, el desarrollo y concreción del sistema de planificación no puede entenderse como atentatorio de la autonomía municipal –en su acepción política y administrativa– ya que no existe una competencia exclusiva para los Municipios de llevar a cabo el desarrollo del modelo socioeconómico de la Nación y son esos entes los llamados a establecer decisiones políticas prescindiendo del modelo nacional y de la participación de todos los sectores de integran la convivencia a nivel local. Por el contrario, su competencia es concomitante con los demás niveles territoriales y con la ciudadanía para llevar a cabo la concreción de las políticas de planificación.

En consecuencia, esta Sala determina la inexistencia de los vicios denunciados contra los artículos 110, 111 y 112 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal al precisar que no quebrantan el principio de autonomía denunciado por las partes recurrentes. Así se decide.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso administrativo especial*

A. *Recurso contencioso electoral conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos*

TSJ-SE (153)

14-8-2017

Magistrada Ponente: Jhannett María Madriz Sotillo

Caso: Alexis Enrique Aguirre Sánchez

I

Corresponde a esta Sala pronunciarse en cuanto a su competencia para conocer de la presente causa y, de ser el caso, en cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto y al respecto se observa lo siguiente:

El artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo siguiente:

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

(...omissis...)

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas”, publicados en la Revista N° 149-150, primer semestre 2017.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

(...omissis...)

Se observa en efecto, que el recurso contencioso electoral ha sido interpuesto, contra “...el proceso electoral convocado por la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (FEVEDA)...” cuyo acto electoral fue pautado para el 20 de agosto de 2017, de allí que, al tratarse de actos vinculados directamente con un proceso electoral de una organización de la sociedad civil, resulta evidente la naturaleza electoral del asunto planteado, motivo por el cual esta Sala Electoral declara su competencia para conocer la presente causa de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

Asumida la competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad del recurso contencioso electoral interpuesto, sin embargo, previo a ello resulta necesario señalar que el recurrente fundamentó su petitorio cautelar en un capítulo identificado como “**SOLICITUD DE AMPARO CAUTELAR Y MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS**”.

No obstante, lo expuesto, se desprende del contenido de dicho capítulo que el recurrente solicita “...medida cautelar de suspensión del proceso electoral convocado; mientras dure la tramitación de la presente demanda y se dicte decisión definitiva, todo ello con el fin de evitar daños irreparables o de difícil reparación por la definitiva”, para lo cual procede a fundamentar las circunstancias que, a su criterio, evidenciarían el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Y en el petitorio solicita nuevamente “...2.) Acuerde, con la urgencia del caso, medida cautelar solicitada, toda vez que el acto electoral está convocado para el día 20 de agosto de 2017, fuera del Área Metropolitana de Caracas y durante el periodo de vacaciones de esta Sala. Por lo tanto, puede haber severos perjuicios si no se detiene a tiempo dicho acto electoral, para lo cual jura[n] la urgencia del caso.” (Sic., corchetes de la Sala).

Ello así, teniendo en cuenta que al fundamentar el petitorio cautelar no se invocó expresamente la violación de derechos constitucionales y visto que tanto en el capítulo destinado a fundamentar la pretensión cautelar como en el que se formula el petitorio general del escrito libelar el recurrente coincide en identificar su pretensión preventiva como “...medida cautelar...”, se advierte que el análisis de su procedencia será efectuado de conformidad con los parámetros exigidos para este tipo de medidas y no según los requerimientos del amparo cautelar. De allí que, a los efectos de emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso, se tomará en cuenta la caducidad a la que hacen referencia los Artículos 213 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y 183 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se establece.

Precisado lo anterior, dado que no se observa la configuración de ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ni en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, incluida la caducidad, se admite el recurso interpuesto. Así se decide.

Declarada la admisión del recurso, de conformidad con lo previsto en el Artículo 185 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia corresponde emitir pronunciamiento respecto a la solicitud de medida cautelar formulada por la parte recurrente y, a tal efecto, se observa lo siguiente:

Es importante destacar el criterio de esta Sala Electoral conforme al cual las medidas cautelares se encuentran dirigidas a garantizar la protección temporal de los derechos de la parte interesada, hasta tanto se dicte el fallo definitivo que resuelva la acción principal. De allí que tales medidas constituyen un instrumento indispensable para la materialización de la justicia y la tutela judicial efectiva, evitando que el pronunciamiento que emane del órgano jurisdiccional, al resolver el mérito de la controversia, resulte ineficaz.

Se han establecido diversos elementos cuya configuración concurrente constituye requisitos fundamentales para el decreto de medidas cautelares por parte del juez, a saber: presunción del derecho reclamado, esto es, presunción de que la pretensión procesal resultará favorable el *fumus boni iuris*; que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva el *periculum in mora*; y, finalmente los elementos probatorios que acrediten la existencia de los requisitos anteriores (*Vid.* Sentencia número 122 de fecha 23 de julio de 2014, de esta Sala Electoral).

Señalado lo anterior, se observa que la parte recurrente solicita que “...Acuerde, con la urgencia del caso, medida cautelar solicitada, toda vez que el acto electoral está convocado para el día 20 de agosto de 2017, fuera del Área Metropolitana de Caracas y durante el período de vacaciones de esta Sala. Por lo tanto, puede haber severos perjuicios si no se detiene a tiempo dicho acto electoral, para lo cual jura[n] la urgencia del caso.” (Corchetes de la Sala).

Se constata que el recurrente señala, que el “...buen derecho que [le] favorece, se configura en la circunstancia de que no se pretende mediante la interposición de este recurso y la solicitud de suspensión de efectos otra cosa que no sea resguardar los derechos constitucionales citados; desarrollados en normas legales y sub-legales ya explanadas, que [les] han sido claramente vulnerados, tal como se evidencia, cuando menos de un análisis *prima facie*, de los elementos fácticos y probatorios expuestos a lo largo del presente, como por ejemplo la exclusión indebida de la Asociación del Estado Miranda del padrón electoral. Exclusión que ya le permite a la Sala presumir la violación de [sus] derechos electorales y sobre lo que la Sala ha dicho...” (Corchetes de la Sala).

Seguidamente, alega que “...el *periculum in mora* no es sino el temor de que la no suspensión del proceso electoral acarree para [el] un perjuicio irreparable o de difícil reparación.” Y que “[e]n este caso específico el hecho que siga adelante el presente proceso, puede devenir en una elección viciada de nulidad que no garantice la tutela de la voluntad de los electores.” (Corchetes de la Sala).

Ahora bien, de la revisión del expediente se puede determinar que en el padrón electoral preliminar publicado por la Comisión Electoral de FEVEDA, efectivamente habían sido excluidas las delegaciones de los estados Carabobo y Miranda.

Sin embargo, como hecho notorio comunicacional, al revisar la página web <https://eleccionesfeveda2017site1.wordpress.com/>, pudo constatar esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que, dada la impugnación realizada, la Comisión Electoral incluyó a estas delegaciones en el padrón electoral definitivo.

Al respecto del hecho notorio comunicacional, esta Sala Electoral estima pertinente realizar algunas consideraciones en torno a esa figura, vinculándolas al caso de autos, tal como lo ha hecho en anteriores oportunidades (Véanse entre otras, sentencias 69 del 6 de junio de 2001, 123 del 13 de agosto de 2004, 2 del 5 marzo de 2005, 86 del 14 de junio de 2005, 129 del 2 de agosto de 2007 y 10 del 28 de enero de 2009).

En ese orden de ideas, y de conformidad con los criterios contenidos en la sentencia de la Sala Constitucional número 98 del 15 de marzo de 2000, algunos de los rasgos fundamentales del hecho notorio comunicacional permiten entender que “*se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva.*”

Asimismo, conforme a la referida decisión, debe tratarse de hechos y no de opiniones o testimonios, de eventos reseñados por los medios como noticia, que se difundan simultáneamente por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes y es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones o dudas sobre su existencia.

De allí que, dado el carácter de hecho notorio comunicacional atribuido a la publicación de las actuaciones de la Comisión Electoral de FEVEDA en la página web *ut supra* referida, se puede afirmar que fue subsanado el alegato de exclusión de esas delegaciones, en principio y salvo mejor apreciación en la definitiva, no puede considerarse para otorgar la medida cautelar solicitada, toda vez que tal y como se desprende de la página web en la cual se refleja cómo llevan cada una de las fases del proceso electoral convocado para el 20 de agosto de 2017, engloba la participación de los estados Carabobo y Miranda. En consecuencia, esta Sala considera que la solicitud cautelar del recurrente es IMPROCEDENTE. Así se decide.

B. *Procedimiento: Terceros adhesivos*

TSJ-SE (227)

8-12-2017

Magistrada Ponente: Jhannett María Madriz Sotillo

Caso: Ignacio Ávila Guerra, Alfredo Ramón Gutiérrez Tovar y Jesús Rivera.

El contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan coadyuvar a vencer en el proceso a alguna de las partes sin sustituirse, en principio, en la condición de la parte misma, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “tercero verdadera parte”, en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (Caso: *Allan Brewer Carías*, reiterado en diversas sentencias 130/14-11-2000, 53/15-04-2008, 103/18-06-2009, 101/08-2013 y 48 del 13 de abril de 2015, entre otras).

En fecha 26 de enero de 2016, los ciudadanos Ignacio Ávila Guerra, Alfredo Ramón Gutiérrez Tovar y Jesús Rivera, titulares de las cédulas de identidad números 9.482.546, 4.461.890 y 3.971.597, respectivamente, invocando su condición el primero de “[c]andidato a la Presidencia del Consejo de Administración y [los otros] Asociados de la Caja de Ahorros y Previsión Social de [l]os Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.)...”, en su orden, asistidos por la abogada Brígida Contreras Chacón, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 17.175, interpusieron ante esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia escrito contentivo de “*Recurso Contencioso Electoral conjuntamente con la Medida Innomada de Amparo Cautelar...*” contra el proceso electoral organizado por la Comisión Electoral de la

Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), para elegir los miembros del Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia de la referida Caja de Ahorros, cuyo acto de votación se celebró el día 9 de diciembre de 2015. (Corchetes de la Sala y destacado del original).

En fecha 27 de enero de 2016, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, acordó “solicitar a la Comisión Electoral de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), los antecedentes administrativos del caso, así como también el informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso...”.

De la intervención de terceros:

Como punto previo corresponde a esta Sala Electoral, pronunciarse con respecto a la solicitud de los ciudadanos José Rosario Castillo y José Valentín Urbina Perdomo, antes identificados, quienes actúan con el carácter de asociado activo y como asociado jubilado, respectivamente, de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), para que se les reconozca la condición de terceros adhesivos, así como la solicitud de los ciudadanos Antonio Velandría Díaz, Cándido Ramón Parada, María Félix Estrada, Marjuri Castro y Nelson Vivas, miembros de la Comisión Electoral quienes actúan en nombre propio, y los miembros de la Junta Directiva de la asociación civil Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional, representados por los abogados Yasnaía Villalobos Montiel y Hugo Enrique Trejo Bittar con el carácter de apoderados judiciales, quienes alegan la condición de verdaderas partes.

En este sentido, observa la Sala que a objeto de pronunciarse sobre la admisibilidad de dichas intervenciones vemos lo que consagra el ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil aplicable al presente caso por remisión expresa de los artículos 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 214 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que prevé la intervención de los terceros en la causa, cuando tengan un interés jurídico actual, lo cual puede hacerse en cualquier estado y grado del proceso, acompañado de prueba fehaciente que demuestre el interés en el asunto, conforme lo establece el artículo 379 *eiusdem*.

Así pues, el ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, establece la figura de la intervención adhesiva de la forma siguiente:

Artículo 370. *Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:*

(...)

3° Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.

Del texto de la norma se infiere que este tercero al proceso interviene por tener un interés personal y actual, en la defensa de la pretensión de una de las partes, es decir su interés procesal lo constituye la existencia de una relación de hecho o de derecho tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que pudiera resultar afectado por el fallo que se produzca en la causa, lo que lo induce a intervenir en la relación procesal adoptando una posición subordinada a la parte principal que coadyuva.

Por tanto, es necesario que el interés para intervenir como tercero, esté delimitado por la pretensión de ayudar a vencer a una de las partes en el proceso.

Asimismo, observa la Sala lo previsto en el artículo 381 de dicho Código Adjetivo en lo referente a la intervención litisconsorcial en los siguientes términos:

Artículo 381: Cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.

Sobre este particular en el contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan coadyuvar a vencer en el proceso a alguna de las partes sin sustituirse, en principio, en la condición de la parte misma, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “tercero verdadera parte”, en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (Caso: *Allan Brewer Carías*, reiterado en diversas sentencias 130/14-11-2000, 53/15-04-2008, 103/18-06-2009, 101/08-2013 y 48 del 13 de abril de 2015, entre otras), en la cual expresó:

*“...en virtud de la ausencia de regulación en esta materia en el procedimiento contencioso administrativo, se impone la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [hoy primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela], y por tanto el examen de las disposiciones que sobre la intervención de terceros consagra el Código de Procedimiento Civil, pero sin entrar a analizar de manera exhaustiva cada una de las figuras que en el mismo se regulan. Por tanto, debe tomarse únicamente en consideración la correspondiente ‘intervención adhesiva’, la cual ya fue examinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de septiembre de 1991 (caso *Rómulo Villavicencio*), distinguiendo entre las intervenciones de terceros que ostentan el carácter de partes y los terceros adhesivos simples, y en tal sentido expresó: ‘será parte si se alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea de verdaderas partes’...”*

Según las normas anteriormente citadas, para admitir la intervención de sujetos en la causa, éstos deben demostrar el interés que los vincula al objeto de la controversia y dependiendo del grado de afectación en su esfera jurídica particular, pueden ser considerados como verdaderas partes o terceros adhesivos a las razones de las partes.

Visto lo expuesto en cuanto al interés y la condición jurídica del solicitante interviniente, se observa con respecto a la solicitud de los ciudadanos José Rosario Castillo y José Valentín Urbina Perdomo, quienes alegan interés en el presente recurso, el primero en su condición de asociado activo y candidato a la vicepresidencia del Consejo de Vigilancia de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los Empleados, Obreros, Jubilados y Pensionados de la Asamblea Nacional (C.A.P.S.E.O.J.P.A.N.), y el segundo con el carácter de asociado jubilado activo, se adhieren y declaran cierto los hechos denunciados por los recurrentes en el proceso electoral para la elección de los integrantes del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia para el período 2015-2018, celebrado el 9 de diciembre de 2015, solicitan se declare con lugar el recurso contencioso electoral interpuesto, así como la nulidad del proceso electoral realizado.

Al respecto observa la Sala que el ciudadano José Rosario Castillo consignó con su escrito de alegatos de fecha 20 de septiembre de 2016, copia de la credencial que lo acredita como mensajero I, en la sección de apoyo técnico parlamentario de la Asamblea Nacional, en el folio 561 del anexo 5 consignado por los representantes judiciales de la Comisión Electoral

de la Caja de Ahorros, aparece el mencionado ciudadano en la planilla de recepción de documentos por parte de los postulados al Consejo de Vigilancia en el número 15, también aparece sus datos de identidad en la planilla de entrega de material electoral en el número 8 del folio 564, a su vez aparece en el acta de cierre de postulaciones (folio 643) y en la circular N° 8 (folio 644) emitida por la Comisión Electoral donde informa los candidatos al Consejo de Administración y al Consejo de Vigilancia, en el cual está postulado para optar al cargo de vicepresidente del Consejo de Vigilancia, en el folio 982 aparece en el listado de los trabajadores de la Caja de Ahorro, de tales anexos se evidencia el interés directo del solicitante de participar en la presente causa, por cuanto la decisión que se produzca en el presente recurso podría afectar la esfera jurídica de sus derechos, por tal razón esta Sala Electoral admite su intervención como tercero adhesivo coadyuvante con la parte recurrente de conformidad con las normas antes referidas, y a tenor de lo previsto en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, sólo se considerará los planteamientos formulados en su escrito presentado en fecha 20 de septiembre de 2016 antes referido, así como los medios de prueba promovidos, que coinciden con la posición en juicio que corresponde a la parte recurrente, desechando aquellos impertinentes. Así se establece.

V. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

1. Expropiación

A. Procedimiento judicial. Ocupación previa

TSJ-SPA (1011)

28-9-2017

Mediante sentencia N° 1011 del 28 de septiembre de 2017, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, señaló que no se revocarán las actuaciones tendentes a lograr la ocupación previa del bien a expropiarse, aun cuando no sigan con lo establecido en la ley, toda vez que debe prevalecer el interés general que motiva la intención de adquirir forzosamente la propiedad. En concreto, se afirmó lo siguiente:

“Con base en la disposición constitucional antes transcrita, el Estado ante la necesidad de atender debidamente los intereses de la colectividad, puede obtener a través de la expropiación aquellos bienes idóneos para el cumplimiento de los objetivos mencionados con arreglo a las normas que regulan la materia. (Vid. entre otras, la sentencia de esta Sala Nro. 00367 del 24 de marzo de 2011).

En este orden de ideas, se observa que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.475 del 1° de julio de 2002, regula el procedimiento a seguir para la expropiación forzosa de aquellos bienes que la Administración estime necesarios para la ejecución de alguna obra de utilidad pública, dentro del cual incluye la posibilidad de ocupar previamente los inmuebles objeto de dicha medida, cuando la autoridad a quien compete califique la obra pública como urgente (artículo 56 eiusdem).

Ahora bien, la figura de la ocupación previa permite adelantar los efectos del juicio expropiatorio al autorizar al ente que dicte el Decreto, a ocupar el inmueble sujeto a expropiación, con el objetivo de comenzar la ejecución de las obras que revisten carácter de urgencia.

Cabe resaltar, que jurisprudencialmente se ha admitido que a pesar de que tal medida se encuentra condicionada a la existencia de un juicio de expropiación, su tramitación no es más que una incidencia autónoma a dicho juicio, por lo que no se podrá pretender establecer una conexión o suerte de dependencia entre los requisitos formales de la solicitud de expropiación, y la procedencia y efectos de la ocupación previa. (Vid. entre otras, la sentencia de esta Sala N° 1.760 del 18 de noviembre de 2003).

Siendo lo anterior así debe indicarse, que con el objeto de dictar el decreto de ocupación previa, basta verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera: i) que la obra a ser ejecutada sea de las consideradas como de utilidad pública (artículo 13 de la referida Ley), siendo a este respecto suficiente, que tal condición sea decretada por la autoridad que corresponda, tal y como lo prevé dicha norma; ii) que el ente expropiante estipule la ejecución de la obra como de urgente realización; iii) que se haya introducido ante el tribunal competente la correspondiente demanda de expropiación; iv) que se justiprecie el inmueble por la comisión de expertos a que se refiere el artículo 19 eiusdem; v) que el ente expropiante consigne con la solicitud de ocupación previa, la cantidad dineraria en que hubiere sido justipreciado el inmueble; vi) que se haya dado el respectivo aviso al propietario y al ocupante; y vii) que se haya llevado a cabo la inspección judicial sobre el bien, a objeto de dejar constancia de las circunstancias que han de tomarse en cuenta para la determinación del justiprecio definitivo.

(...)

Tal como antes se indicó, ha sido criterio reiterado de este Órgano Jurisdiccional que la ocupación previa, si bien se encuentra condicionada a la existencia de un juicio de expropiación, su tramitación es una incidencia autónoma a dicho juicio. Esto quiere decir, que la ocupación previa es considerada como una medida cautelar que adelanta uno de los efectos esenciales de la expropiación, esto es, la posesión por parte del ente expropiante del bien objeto del juicio expropiatorio, a fin de que se dé inicio a la obra (u obras) de utilidad pública o social.

(...)

De acuerdo con la jurisprudencia antes transcrita, la naturaleza cautelar de la ocupación previa no sólo se proyecta positivamente a favor del ente expropiante, sino que, además, el fin preservativo o garantizador frente al expropiado se perfecciona a través del cumplimiento de los presupuestos dispuestos ex/lege para su procedencia, a saber, el avalúo, la inspección judicial y la consignación del monto que refleje el avalúo; este último, a los únicos efectos de: a) que si en el transcurso del juicio expropiatorio, se modifican características o rasgos específicos del bien objeto de la expropiación, se tenga acreditado un precedente que sirva de parámetro comparativo con el avalúo definitivo que dispone la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y, en tal sentido, para que el justiprecio definitivo se ajuste a la realidad integral del bien expropiado, es decir, para que la indemnización sea verdaderamente justa; y, b) servir de garantía para los daños que podría sufrir el expropiado, en caso de no llevarse a cabo en definitiva la expropiación. (Vid., sentencia de esta Sala N° 00898 del 10 de mayo de 2001).

Tales consideraciones la realiza esta Sala por cuanto, si bien en el caso bajo examen el a quo decretó la medida de ocupación previa del inmueble del cual el apelante es copropietario, sin antes haber ordenado entre otras cosas, la constitución de la Comisión de Avalúo prevista en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, requisito formal esencial para su procedencia, no es menos cierto que, dada la naturaleza cautelar de tal providencia judicial, se impone ponderar en el caso concreto los intereses en juego, a efectos de resguardar los derechos de ambas partes.

En ese sentido, cabe advertir que la ocupación previa de autos fue dictada con el objeto de adelantar los trabajos de construcción de la "Sede para Trabajadores no Independientes del Sector Centro del Municipio Maturín del Estado Monagas" (sic); de manera que, al contrastar el incontestable fin de interés público que persigue la misma, con el interés particular del copropietario del inmueble expropiado, esta Sala, haciendo una ponderación del interés general involucrado en el presente asunto y en aras de resguardar los derechos de las partes, considera que la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada; razón por la cual la petición efectuada por el apelante en este aspecto debe ser declarada improcedente. Así se establece".

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad. Competencia*

TSJ-SC (963)

22-11-2017

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Otoniel Pautt Andrade

El 08 de mayo de 2017, el ciudadano **OTONIEL PAUTT ANDRADE**, titular de la cédula de identidad N° V-13.638.880, abogado en ejercicio, inscrito en el Inpreabogado bajo el N° 154.755, actuando en nombre propio, interpuso ante la Secretaría de esta Sala, recurso de nulidad contra los Decretos Nros. 2.830 y 2.831, ambos de fecha 01 de mayo de 2017, publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.295, Extraordinario.

Realizado el estudio del caso, pasa esta Sala a dictar sentencia, previo análisis de las consideraciones siguientes:

ÚNICO

Previo a cualquier otra consideración, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la demanda incoada y, a tal efecto observa, que los artículos 334 y 336, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son del siguiente tenor:

Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 3- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

Por su parte, el artículo 25, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone: “Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 3.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República”.

Del análisis de las disposiciones *supra* transcritas se desprende que corresponde a esta Sala la competencia para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad sobre los decretos con rango y fuerza de ley y, como quiera que, la demanda de autos se refiere, precisamente, a la nulidad de los Decretos Nros. 2.830 y 2.831, ambos de fecha 01 de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.295, Extraordinario, esta Sala, con fundamento en las disposiciones que se transcribieron, se declara competente para el conocimiento y resolución de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta, y así se declara.

2. *Revisión constitucional***TSJ-SC (712)****14-8-2017**

Magistrado-Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: TROPICALUM, C.A

La Sala reitera su criterio jurisprudencial respecto a la procedencia de la Revisión Constitucional de una Sentencia.

Por ello, observa esta Sala que la sentencia objeto de revisión está ajustada a derecho, no incurre en violación alguna de derecho o garantía constitucional, ni de algún criterio vinculante dictado por esta Sala; por cuanto la Sala si se pronunció sobre la infracción contenida en el artículo 81 del Código Orgánico Tributario denunciado como infringido y determinó que el acto administrativo fundó correctamente los hechos con base a la investigación realizada. En consecuencia, esta Sala evidencia después del detenido estudio de las actas que conforman el presente expediente, que la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia decidió ajustado a derecho y no incurrió en ninguno de los presuntos derechos vulnerados delatados por la solicitante, advirtiéndose la inconformidad con el fallo objeto de revisión, que le fue adverso.

Por tanto, esta Sala advierte que ha sido reiterado el criterio jurisprudencial en cuanto a la procedencia de la revisión de una sentencia, esto es, para que esta Sala Constitucional haga uso de la facultad que le confieren los artículos 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 25, numeral 10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que se hace menester no sólo el carácter definitivo de la sentencia, sino que esté incurso en alguno de los supuestos que esta Sala ha ido elaborando y desarrollando en las normas citadas.

En efecto, esta Sala precisa que la revisión constitucional ha sido concebida como un medio procesal extraordinario destinado para preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o para corregir graves infracciones a sus principios o reglas (al respecto, ver sentencia número 1760, del 25 de septiembre de 2001, caso: *Antonio Volpe González*, criterio reiterado en la sentencia número 939, del 28 de junio de 2012, caso: *Luis de la Hoz Torres*), lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia o no.

Asimismo, en el fallo número 93, del 6 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*, se estableció que la potestad de revisión que prevé el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela puede ser ejercida de manera discrecional.

De esta manera, esta Sala estima que, en el presente caso, no hubo quebrantamiento de los derechos constitucionales delatados, y la solicitud presentada en modo alguno contribuirá a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales. En consecuencia, se declara que no ha lugar a la solicitud de revisión de la sentencia dictada, el 6 de junio de 2016, por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide

TSJ-SC (625)**11-8-2017**

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Violeta Manzano De Vargas

Determinado así el objeto de la presente solicitud de revisión, se estima pertinente la cita del contenido del artículo 25 numerales 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo

de Justicia, que recogió la jurisprudencia de esta Sala respecto al tipo de sentencias que pueden ser objeto de revisión, determinándose así en el referido texto normativo lo siguiente:

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

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.”

Cónsono con lo antes expuesto, conviene precisar que, en lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

“...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional...” (s. S.C. N° 93 del 06-02-01).

Es pertinente aclarar que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de peticiones que pretendan la revisión de actos de juzgamiento que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que este órgano jurisdiccional esté facultado para desestimar cualquier requerimiento como el de autos, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que lo que se pretende en nada contribuye con la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud del carácter excepcional y limitado que ostenta la revisión.

En el caso sub *iudice*, se pudo apreciar que la pretensión de la solicitud de control constitucional que fue esgrimida por la peticionante, versa sobre una decisión judicial emitida por la Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal, denotándose que en el escrito de solicitud de

revisión presentado ante esta Sala Constitucional se sostiene que la sentencia objeto de examen resulta violatoria al derecho a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, de allí que deba resaltarse de forma preliminar que estos derechos deben ser entendidos en el sentido de que en todo proceso deben cumplirse las garantías indispensables para que se escuche a las partes, se les permita el tiempo necesario para presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, siempre de la manera prevista en la ley; de forma tal, que la controversia sea resuelta conforme a derecho, en aras de una tutela judicial efectiva.

Siguiendo este hilo argumentativo, debe acotarse que estas garantías constitucionales persiguen como finalidad que los derechos que poseen las partes en el trámite procedimental de la causa permanezcan incólumes, sin que los mismos se vean limitados o restringidos de manera tal que impida el ejercicio pleno y efectivo de otros derechos relevantes dentro del proceso que menoscaben los principios que el mismo debe ofrecer en la instrucción de un procedimiento, el cual es definido como una serie ordenada, consecutiva y preclusiva de actos jurídicos emanados de las partes o del órgano decisor, destinados a impulsar el proceso hasta la efectiva satisfacción de las pretensiones deducidas en juicio. Ciertamente el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y en armonía con esa disposición constitucional, el artículo 49 del Texto Fundamental, desarrolla en forma amplia la garantía del derecho a la defensa, con la finalidad de que toda persona ejerza el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de los lapsos razonables determinados legalmente.

Estas disposiciones constitucionales están dirigidas a garantizar la seguridad jurídica de las partes y constituyen una premisa general sobre el trámite procedimental que debe seguirse en todo proceso, a los fines de evitar eventuales nulidades y recursos que impidan la satisfacción de las pretensiones de los sujetos procesales involucrados en algún caso

TSJ-SC (1069)

8-12-2017

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Platanera Hoya Grande, S.A.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I

El numeral 10 del artículo 336 de la Constitución vigente atribuye a la Sala Constitucional la potestad de revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Esta potestad, fue legalmente reconocida en cardinales 10, 11 y 12 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar que esta Sala es competente para revisar las sentencias de otras Salas de este Tribunal, así como también los fallos definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, *dictadas por los demás tribunales de la República*, (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 93 del 6 de febrero de 2001, caso: “*Corpoturismo*” y N° 325 del 30 de marzo de 2005, caso: “*Alcido Pedro Ferreira*”), toda vez que la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental (Resaltado de la Sala).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que contra las decisiones del más alto tribunal de la República, en cualquiera de sus Salas, no se oír, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo dispuesto en esa misma Ley.

En el presente caso se solicita la revisión de la sentencia N° 1074, dictada por esta Sala Constitucional el 10 de agosto de 2015, que declaró: i) no ha lugar a la solicitud de revisión planteada por el abogado Alejandro Enrique Andrade Gutiérrez, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Platanera Hoya Grande, S.A., de la sentencia número 0462 dictada el 23 de abril de 2014, por la Sala de Casación Social; ii) revisa de oficio la sentencia número 1.209 dictada el 12 de agosto de 2014, por la Sala de Casación Social, en consecuencia se declara nulo el referido fallo, y; iii) firme la sentencia dictada por el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial de los Estados Zulia y Falcón, el 17 de septiembre de 2012, que declaró sin lugar el Recurso Contencioso Administrativo Agrario intentado por la sociedad mercantil Platanera Hoya Grande, S.A., contra el acto administrativo dictado por el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, en sesión número Ext: 127-10, de fecha 9 de diciembre de 2010, en deliberación sobre el Punto de Cuenta N° 03, la cual se encuentra definitivamente firme. En la referida sentencia, (...)

En tal sentido, se debe indicar que la eficacia de la cosa juzgada, según ha establecido la doctrina de este máximo tribunal en anteriores oportunidades, se traduce en tres aspectos: a) inimpugnabilidad, según la cual las sentencias con autoridad de cosa juzgada no pueden ser revisadas por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos previstos en la ley, inclusive el de invalidación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) inmutabilidad, según la cual las sentencias no son atacables indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y c) coercibilidad, que consiste en la eventual ejecución forzosa en los casos de sentencias de condena; esto es, “(...) la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales (...)”; lo que en conjunto, se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso (*Vid.* Sentencia N° 3622 del 6 de diciembre de 2005).

Con base en ello, se debe afirmar que las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren desde su publicación el carácter de cosa juzgada formal, según lo estatuido en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que la relación jurídica generativa de la sentencia en cuestión no es atacable, y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 *eiusdem*, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aunado al carácter vinculante de las mismas.(...)

Así, la Sala en sentencia N° 624 del 12 de abril de 2007 –que ratificó el criterio sostenido en las sentencias Nros. 3.044, del 4 de noviembre de 2003 y 1.586 del 13 de agosto de 2004–, señaló:

“(...) Por lo tanto, están excluidas las sentencias de la propia Sala, y no podría ser de otro modo, a tenor del principio de cosa juzgada material que postula la inimpugnabilidad de las mismas, en el sentido que la relación jurídica generativa de la sentencia no es atacable ante el propio sentenciador, y que sólo lo sería si contra la decisión en cuestión hubiese algún medio de impugnación ante un Tribunal Superior. En el caso bajo examen no es posible, como se afirmó, que la Sala revise por este u otro medio sus decisiones; ni tampoco está previsto un medio de impugnación del cual se pueda servir el solicitante para tramitar su pretensión, pues, esta Sala no tiene superior jerárquico (...)”.

Posteriormente, la Sala reiteró el anterior criterio en la sentencia N° 591 del 16 de abril de 2008, caso: “*Venezolana de Alquiler C.A.*”, en los siguientes términos:

“(…) Asimismo, y de forma aún más categórica, ha señalado la Sala en decisión N° 3.044, del 4 de noviembre de 2003, lo siguiente:

‘Por lo tanto, están excluidas las sentencias de la propia Sala, y no podría ser de otro modo, a tenor del principio de cosa juzgada material que postula la inimpugnabilidad de las mismas, en el sentido que la relación jurídica generativa de la sentencia no es atacable ante el propio sentenciador, y que sólo lo sería si contra la decisión en cuestión hubiese algún medio de impugnación ante un Tribunal Superior.

En el caso bajo examen no es posible, como se afirmó, que la Sala revise por este u otro medio sus decisiones; ni tampoco está previsto un medio de impugnación del cual se pueda servir el solicitante para tramitar su pretensión, pues, esta Sala no tiene superior jerárquico’.

En los mismos términos se pronunció la Sala en sentencias N° 1385 del 28 de junio de 2005; N° 2011 del 29 de julio de 2005; N° 659 del 23 de abril de 2004; y N° 3014 del 2 de diciembre de 2002, entre otras.

En virtud de lo expuesto, esta Sala juzga que la solicitud de revisión formulada por el solicitante contra la sentencia número 2255 dictada el 17 de diciembre de 2007 por esta Sala Constitucional, es improponible; y así se declara (...).”

Por lo expuesto, y visto que en el presente caso se solicitó la revisión de la sentencia N° 1074, que dictó la propia Sala Constitucional el 10 de agosto de 2015, lo cual evidencia la pretensión del solicitante de obtener un nuevo pronunciamiento sobre la referida decisión, resulta forzoso para esta Sala declarar improponible la revisión interpuesta. Así se decide.

Finalmente, la Sala debe llamar la atención sobre la coherencia en el ejercicio de las acciones, recursos y solicitudes que dispone el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos de los particulares, a los fines de garantizar de forma efectiva el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Por ello, la Sala exhorta a los recurrentes en general, y la solicitante en particular, que extremen el necesario estudio previo que les permita ejercer debidamente una determinada solicitud o recurso ante esta Sala, ya que, de lo contrario, generan un injustificado desarrollo de la actividad jurisdiccional, que podría atentar con el necesario orden procesal y coherencia en la resolución de las causas.

3. *Amparo contra Sentencias. Admisibilidad*

TSJ-SC (642)

14-8-2017

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Néstor Asdrúbal Vásquez

Al respecto, cabe destacar que si bien el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, no es menos cierto que el artículo 4 *eiusdem*, fija los límites de la competencia para conocer de los amparos ejercidos contra dichos actos u omisiones que lesionen derechos o garantías constitucionales, señalando al respecto el mencionado artículo 4 que “[i]gualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva”. (Resaltado de esta Sala).

Ahora bien, resulta evidente que, en el asunto bajo estudio se configuró uno de los casos típicos de inepta acumulación de pretensiones; el cual, aun cuando no está expresamente

regulado en la citada ley orgánica, le resulta aplicable, supletoriamente, las disposiciones que al respecto contiene el Código de Procedimiento Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 *eiusdem*.

En tal sentido, el artículo 78 del citado cuerpo procedimental prohíbe la referida acumulación en los casos siguientes: 1) cuando las pretensiones se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí; 2) cuando por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal y; 3) cuando tengan procedimientos legales incompatibles entre sí.

En relación al segundo supuesto, ha sido criterio reiterado de esta Sala declarar “*la inadmisibilidad de las acciones de amparo que contienen pretensiones cuya competencia jurisdiccional difiere para cada uno de los sujetos señalados como presuntos agraviantes, aun cuando en dichas pretensiones se evidencie la conexidad entre los agravios constitucionales denunciados, no solo por cuanto el conocimiento de los procesos corresponde a órganos jurisdiccionales distintos, sino, además, en razón de que los procedimientos en cada caso resultan incompatibles*”. (Vid. entre otras, sentencias números 1616, del 24 de noviembre de 2009, caso: Temístocles Sánchez Cacique; 684, del 09 de julio de 2010, Caso: *Oscar Veiga Viera*; 35, del 15 de febrero de 2011, caso: *Laudy Esther Campo Arévalo*; 1015, del 11 de julio

Así, esta Sala, en los referidos fallos advirtió la inadmisibilidad de las acciones de amparo en aquellos casos donde se presenta una acumulación inicial de pretensiones en un mismo libelo, toda vez que no puede pretenderse que una misma instancia judicial resuelva sobre varias denuncias de presuntas violaciones o amenazas a derechos y garantías de orden constitucional que no pueden atribuirse a un solo agraviante, pues la diversidad de accionados en amparo acarreará la incompetencia del órgano jurisdiccional para conocer respecto de alguno o varios de ellos.

(...)

Tomando como fundamento lo anteriormente transcrito y por cuanto el ciudadano Néstor A. Vásquez, dirigió su escrito contentivo de acción de amparo constitucional contra dos sentencias diferentes, dictadas por juzgados diferentes, con ocasión a procesos diferentes, incurrió en una inepta acumulación.

Ello así, la acción bajo análisis ha debido interponerse de forma independiente y por separado según los sujetos señalados como agraviantes, ya que la competencia del tribunal constitucional en amparo, se determina no sólo según la materia afín a los derechos cuya violación se denuncia, sino también en atención a la persona, sentencia, acto u omisión señalados como presunto agraviante, por lo que siendo interpuestas de forma conjunta ante un mismo tribunal, no podrían acumularse en razón de la incompetencia del juzgador para pronunciarse sobre la totalidad de la pretensión, haciendo imposible su tramitación, de allí que la presente solicitud de tutela constitucional resulta inadmisibile por lo denominado por la doctrina como “*inepta acumulación*”.

Finalmente, resulta pertinente señalar que la inepta acumulación de pretensiones es aplicable al presente caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 133, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que la referida norma prevé la inadmisibilidad de las demandas o solicitudes que se intenten ante este Tribunal Supremo de Justicia, en los casos en que éstas se excluyan mutuamente, o cuyos procedimientos sean incompatibles.

Atendiendo a lo antes expuesto, y conforme a lo establecido en los artículos 133, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 81 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 78 “*eiusdem*”, aplicables supletoriamente al proceso de

amparo según el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala debe declarar inadmisibile, por inepta acumulación de pretensiones, la acción de amparo propuesta. Así se decide.

TSJ-SC (1951)

8-12-2017

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Ginimberth Reinaldo Bracho Hernández

Es criterio reiterado de esta Sala que para la procedencia de la acción de amparo contra actos jurisdiccionales, deben concurrir las siguientes circunstancias: a) que el Juez, de quien emanó el acto supuestamente lesivo, incurra en usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial), y b) que tal abuso de poder ocasione violación a un derecho constitucional, lo que implica que no es impugnabile mediante amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal. Con el establecimiento de tales extremos de procedencia, se ha pretendido evitar la interposición de solicitudes de amparo con el propósito de que se reabra un asunto que ha sido resuelto judicialmente, en perjuicio de la inmutabilidad de la decisión definitivamente firme y para que la tutela constitucional no se convierta en sucedánea de los demás medios procesales (ordinarios y extraordinarios) existentes (véase sentencia N° 213, de 9 de abril de 2014).

En virtud del criterio anteriormente expuesto, hay que determinar, en primer lugar, si la sentencia objeto del presente amparo constitucional (emanada de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, en el expediente N° 7452-17) fue dictada por el tribunal actuando fuera de su competencia constitucional (ya sea porque incurrió en usurpación de funciones, o porque incurrió en extralimitación o abuso de poder) y en segundo lugar, que tal incompetencia hubiere violado un derecho constitucional.

Habría usurpación de funciones cuando un juez asume y ejerce una función que constitucionalmente corresponde a otro órgano del Poder Público, vicio que no se encuentra denunciado en la presente acción de amparo constitucional ni esta Sala observa que se hubiere materializado, porque la sentencia objeto de la presente acción de amparo dictó una decisión que se encuentra dentro de las competencias que son propias y exclusivas del Poder Judicial.

En relación con la extralimitación o abuso de poder, entendida como una actuación fuera de la competencia del tribunal, se presenta cuando mediante un acto judicial el juez hace un uso desmedido o arbitrario de sus atribuciones.

4. *Sentencia*

A. *Aclaratoria*

TSJ-SC (618)

11-8-2017

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: TECNIAUTO, C.A

Sobre el alcance de la norma precedente, esta Sala en sentencia N° 1.599 del 20 de diciembre de 2000, caso: Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, R. L., indicó:

“(...) que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar (...).

Por lo que respecta a la oportunidad en que debe solicitarse la aclaratoria de una sentencia, la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente”.

Considera esta Sala que la norma parcialmente transcrita, así como la citada jurisprudencia, la cual, además de estar vigente es reiterada y pacífica, no dejan lugar a dudas respecto de la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria o ampliación de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el día siguiente.

Ahora bien, en el caso de autos se observa que la solicitante, mediante escrito del 20 de diciembre de 2016, solicitó la ampliación del fallo emitido por esta Sala el 8 de junio de 2016, por lo que es absolutamente evidente que la misma fue efectuada fuera del lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no fue presentada ni el día de la publicación del fallo ni el día siguiente, sino luego de transcurridos seis (6) meses, a pesar de que consta en autos que la representación judicial de la solicitante de revisión se encontraba en cuenta de la decisión cuya aclaratoria hoy se petitiona, pues el día 23 de noviembre de 2016, solicitó copias certificadas de la decisión en cuestión; en consecuencia al haberse solicitado la aclaratoria en forma extemporánea por tardía, se determina indefectiblemente su inadmisibilidad.

Por otra parte, vistos los términos en que fue presentada la solicitud de aclaratoria, se estima necesario recordarle a la parte actora el reiterado criterio de esta Sala de conformidad con el cual a través de la figura de la ampliación no puede cuestionarse la sentencia o estimarse que la decisión debió dictarse en una forma distinta. En este sentido, solo por citar un antecedente, esta Sala recuerda que en sentencia N° 673 del 1 de junio de 2015 (caso: Rosemary Castro Salazar), se estableció lo siguiente: *“la figura procesal de la aclaratoria como de la ampliación, aplicables analógicamente al caso de autos, preceptuadas en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, tienen como propósito la de rectificar los errores materiales, dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo. Pero tal posibilidad de realizar aclaratorias y ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer con mayor precisión algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, o que no esté claro su alcance en un punto determinado de la sentencia, pero no comporta en modo alguno la posibilidad de rebatir las solicitudes que cualquiera de las partes realice al Tribunal y menos, como se solicitó en el presente caso, donde se pretende que se corrijan supuestos errores que en nada complementan, modifican o aclaran la sentencia, sino que más bien tienen como objeto buscar el cambio de la decisión”.*

Ello así, en virtud del fundamento de hecho y de derecho antes expuesto, lo ajustado al ordenamiento jurídico es declarar inadmisibile la presente solicitud de aclaratoria. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara **INADMISIBLE** por extemporánea la solicitud de ampliación del fallo presentada por el abogado Luis de Jesús Valor, actuando en su condición de apoderado judicial de la ciudadana XIOMARA GUILLERMINA FREITES DE ANGULO.

TSJ-SC (1084)

8-12-2017

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Johann Manuel Otero Ruíz y José Luis Rodríguez Pérez

La Sala reitera una vez más su doctrina y jurisprudencia referente, que la aclaratoria o ampliación de sentencia constituye un mecanismo que permite determinar el alcance exacto de la voluntad del órgano decisor, a los efectos de su correcta comprensión y ejecución, o para salvar omisiones, hacer rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la decisión.

Previo a cualquier tipo de consideración, esta Sala advierte que la figura procesal de la aclaratoria o ampliación de sentencia, se encuentra contemplada en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al caso de autos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, dicha disposición de la ley adjetiva civil establece lo siguiente:

“Artículo 252. Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.

Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos o salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente” (Resaltado del presente fallo).

Esta Sala ha señalado en reiteradas oportunidades, que la aclaratoria o ampliación de sentencia constituye un mecanismo que permite determinar el alcance exacto de la voluntad del órgano decisor, a los efectos de su correcta comprensión y ejecución, o para salvar omisiones, hacer rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la decisión (sentencias 2.524/2005, del 5 de agosto; y 3.072/2005, del 14 de octubre, entre otras).

En este sentido, en sentencia N° 2601/2004, del 16 de noviembre, esta Sala señaló lo siguiente:

“Ha sido expresado en la doctrina y jurisprudencia nacionales, que la posibilidad de aclarar o ampliar la sentencia, tiene como propósito la de rectificar los errores materiales dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo. Pero, con la advertencia, de que la facultad no se extiende hasta la revocatoria o reforma de éste, sino a corregir las imperfecciones, que les resten claridad a sus declaraciones.

En consecuencia, la posibilidad de hacer aclaratorias o ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer con mayor precisión algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, bien porque no esté claro su alcance en un punto determinado de la sentencia (aclaratoria); o bien, porque se haya dejado de resolver un pedimento (ampliación). Además, la aclaratoria permite corregir los errores materiales en que haya podido incurrir la sentencia (errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos)”.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad procesal para la presentación de la solicitud de aclaratoria o ampliación de la sentencia, esta Sala en sentencia N° 1.599 del 20 de diciembre de 2000, estableció lo siguiente:

“(…) que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar (...).

Por lo que respecta a la oportunidad en que debe solicitarse la aclaratoria de una sentencia, la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente” (Resaltado del presente fallo).

En esta misma línea de criterio, esta Sala en la sentencia N° 482 del 21 de mayo de 2014, indicó lo siguiente:

“Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la solicitud de aclaratoria del fallo número 324, dictado el 2 de mayo de 2014; y a tal efecto observa:

El único aparte del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece:

‘... (omissis) ... el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente.’ (Subrayado de la Sala).

Sobre el alcance de la norma precedentemente transcrita, esta Sala se pronunció en sentencia número 1599 del 20 de diciembre de 2000, caso: ‘Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, R. L.’, en los siguientes términos:

‘... que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar...’.

En lo que respecta a la oportunidad para solicitar la aclaratoria, en la mencionada sentencia, esta Sala indicó que:

‘... la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente’.

Considera esta Sala, que la norma parcialmente transcrita no deja lugar a dudas sobre la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el siguiente.

En el presente caso se observa que la sentencia número 324 fue publicada el 2 de mayo de 2014 y la solicitud de aclaratoria fue realizada el 6 de mayo de 2014, es decir, fuera de la oportunidad procesal que prevé la norma. En consecuencia, debido a que la presente solicitud de aclaratoria de sentencia fue presentada extemporáneamente, la misma resulta inadmisibile; y así se declara” (Negrillas del presente fallo).

La disposición legal y los criterios jurisprudenciales antes transcritos, no dejan lugar a dudas respecto de la oportunidad para efectuar la solicitud de aclaratoria de sentencia, estableciéndose al efecto que ésta deberá hacerse en el mismo día de su publicación o en el día siguiente.

B. *Vicios. Motivación*

TSJ-SC (1095)

8-12-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Framy Alexander Silva Arcila

...Ahora bien, revisadas las actas del expediente, esta Sala Constitucional observa lo siguiente:

Respecto al vicio de inmotivación de las decisiones judiciales, esta Sala ha desarrollado una extensa doctrina, entre cuyas decisiones que versan sobre el punto, cabe resaltar la número 1.963/2001, del 16 de octubre (caso: *Luisa Elena Belisario de Osorio*), en la cual se asentó lo siguiente:

Dentro de estas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual, tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución.

(Omissis)

Con respecto a lo anterior, esta Sala advierte que la motivación de las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador. La obligación de motivar el fallo impone que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente, atendiendo congruentemente al núcleo de las pretensiones de las partes. De otro modo, se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva (subrayado del presente fallo).

En atención a lo cual, la necesidad de que los Jueces y Juezas de la República Bolivariana de Venezuela motiven sus decisiones, no constituye una formalidad suntuosa o que responda a un simple ejercicio de retórica, sino que la motivación es un componente sustancial de la misma, y su carencia es considerada tan lesiva para las partes y demás sujetos procesales, que genera su nulidad absoluta.

Asimismo, resulta pertinente traer a colación lo establecido en la sentencia número 1516/2006, del 8 de agosto (caso: *Eleoriente*), de la cual se transcribe el siguiente extracto:

Conexo a dicho elemento, dispuesto en el artículo 173 *eiusdem* con respecto a que la decisión debe ser fundada, la misma debe atenerse a lo alegado y probado en autos, por cuanto es de la motivación que se desprende de un determinado fallo, que se puede verificar si se apreciaron o no los argumentos de hecho y de derecho alegados por las partes, ya que si bien es cierto que la procedencia de una pretensión no requiere el análisis exhaustivo de cada alegato, debe destacarse que si éstos son relevantes para los resultados del proceso, debe procederse a su apreciación, en aras de la congruencia de la decisión que se trate.

De dicho fundamento, surge la necesidad de que los fallos judiciales resuelvan todos los puntos formulados en la causa, siempre y cuando los mismos resulten necesarios e indispensables para los resultados del proceso, aun cuando previamente se haya determinado la procedencia de la pretensión y éstos puedan generar un cambio en el *animo decidendi* del juez, sin embargo, si por el contrario, éstos constituyen elementos redundantes que no van a modificar el destino de la decisión jurisdiccional los mismos pueden ser omitidos, siempre que se haya estimado previamente la procedencia de la tutela jurisdiccional.

Conforme a lo expuesto, como parte de la necesidad de motivar la decisión judicial, se exige que, entre sus argumentaciones, incluya el análisis integral de los alegatos formulados por las partes, que sean determinantes para la conclusión que arribe, pues la motivación es el sendero que debe transitar el juzgador para llegar al destino, constituido en el dispositivo del fallo.

- C. *Improcedencia de fundamentar la impugnación de una Ley en que regula aspectos de una reforma constitucional rechazada por el pueblo*

TSJ.SC (355)

16-5-2017

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

No es posible fundamentar una acción de nulidad de una Ley en el hecho de que en la misma se establezcan disposiciones que fueron rechazadas en la propuesta de reforma constitucional de 2007.

Esta denuncia de nulidad, realizada por la representación judicial del Municipio Baruta del Estado Miranda, estriba en la implementación de disposiciones por parte de la Ley impugnada que posiblemente habrían sido rechazadas en la propuesta de reforma constitucional llevada a cabo en el año 2007 y que se estarían reeditando en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para llevar a cabo su implementación por la vía de la legalidad.

[...]

El análisis correspondiente a este fallo debe centrarse en lo que respecta a los vicios alegados y su posible correlación con respecto a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, normativa cuestionada en esta causa y sobre la cual se circunscribirá únicamente el presente juicio de nulidad.

Siendo así, los términos en que fue presentada la demanda permiten constatar que no existe correlación alguna entre el proyecto de reforma constitucional de 2007 y las modificaciones efectuadas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2010, en cuanto a la reedición de normas, textual o incidentalmente; tampoco se constata coincidencia alguna, en términos coextensivos, entre ambos instrumentos que denoten identidad en sentido, propósito o finalidad que determinen que la reforma de Ley realizada en 2010 estipule la inserción de materias o preceptos que hayan sido propuestos y sometidos a la aprobación popular llevada a cabo en el año 2007.

En todo caso, de cuestionarse la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010), en lo referente a la intervención de los grupos comunales y su inviabilidad de participación por incurrirse en la violación de los vicios invocados por esa misma representación judicial, específicamente por contrariarse los principios relativos a la autonomía municipal, descentralización y régimen de competencias de los municipios, esta Sala realizará su análisis en los incisos correspondientes a efectos de verificar si los estamentos propios de la Constitución de 1999 fungen de manera suficiente para establecer las modificaciones planteadas en la reforma de ley.

De acuerdo a lo expuesto, se hace necesario analizar si la intervención de ciertos órganos o entes de la Administración Pública, –como es el caso de los grupos comunales–, dentro de la organización administrativa del Estado, incorporadas en un proyecto de reforma constitucional cuya aprobación haya sido rechazada, implica que éstas no pueden ser incluidas posteriormente en la estructura organizacional de la Administración.

Con fundamento en lo anterior, cabría hacer una primera derivación en cuanto a si con ello existe una restricción de las potestades constitucionales en la materia organizacional de la Administración durante un período determinado o si esta limitación se circunscribe a la restructuración de los Poderes Públicos en cuanto a la organización básica o compleja concebida en el Texto Constitucional.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 2013/2014 estableció que:

“(…) deben ir abordándose los diferentes puntos para determinar si la consagración de las Misiones en el artículo impugnado constituye una violación a la soberanía popular consagrada en el Texto Constitucional. En atención a ello, debe destacarse que la naturaleza del referendo para la aprobación de una propuesta de reforma constitucional, no permite concluir aún bajo el principio de participación cuyo contenido y alcance ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional, que el rechazo del proyecto se constituya en una decisión vinculante de la misma entidad jurídica atribuible a la aprobación del mismo.

Ciertamente, al aprobarse una reforma constitucional las normas del proyecto se erigen en parte del ordenamiento jurídico, por lo que son exigibles incluso judicialmente, en tanto operan como normas vigentes según sea el caso, por el contrario las regulaciones propuestas en un proyecto de reforma o enmienda constitucional, no sólo no ostentan un estatus jurídico en lo que respecta a su calificación como normas integrantes del sistema de derecho vigente, sino que además su rechazo en una consulta popular no limita el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos que ejercen el Poder Público en el marco del Estado de Derecho, están regidas entre otros principios por los de no arbitrariedad, racionalidad y legalidad conforme a los artículos 2, 3, 4, 7, 136 y 137 de la Constitución.

Al respecto cabe afirmar, que ciertamente **no puede restringirse las potestades constitucionales establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de ordenar la organización interna de la Administración Pública Nacional conforme a lo establecido en el artículo 236.20 del Texto Constitucional, ya que lo contrario conllevaría afirmar que la consecuente desaprobatoria de un proyecto constitucional sobrellevaría a la limitación de las facultades constitucionales, lo cual envolvería adicionalmente a la disminución de sus funciones a una sanción o limitación no consagrada en la Carta Magna.**

Si bien es cierto que las Constituciones requieren ajustes permanentes para regular la sociedad conforme a los constantes cambios sociales y políticos que se suscitan y deben expresar los valores compartidos por la comunidad política, ello como expresión del derecho que tienen los pueblos de revisar y de reformar su Constitución, es de destacar que para lograr esos cambios se crean en la propia Constitución mecanismos de reforma, por lo que tales procedimientos tienen rango constitucional, lo que impide una reforma constitucional por un procedimiento distinto al previamente establecido y obliga a los órganos del Estado a la aplicación del mecanismo previsto, so pena de ser declarados inconstitucionales por inobservancia de sus preceptos”. (Resaltado agregado)

De acuerdo a lo señalado *supra*, la incorporación en la reforma de la Ley objeto de impugnación se materializa por aplicación directa de los mandatos de la Constitución de 1999 y no por identidad con el proyecto sometido a votación popular en el año 2007, toda vez que las propuestas de la reforma constitucional no fueron incluidas en la última modificación realizada a la Ley municipal.

De esta manera, la Sala debe advertir que la mera invocación de los proyectos contenidos en las normas sometidas a consideración en la propuesta efectuada en el año 2007, no constituye fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las reformas legales que hayan sido promulgadas posteriormente, ya que para ello también es necesario verificar si las modificatorias realizadas al ordenamiento legal tienen base o no en la Constitución de 1999.

Así, podría suscitarse que una norma contenida en el proyecto de reforma constitucional, desaprobado en el referendo 2007, sea susceptible de ser promulgada posteriormente mediante ley, siempre que su implementación en el plano de la legalidad esté amparada por la Constitución. De ser así, en todo caso, se estaría en presencia de un rechazo al cambio de rango dentro del ordenamiento jurídico, cuando se negó la elevación de la normas y las materias al rango constitucional, sin que pueda extenderse automáticamente la inconstituali-

dad del precepto legal que haya sido preexistente o susceptible de implementación mediante reforma o su conformación *ex novo* como fuente de derecho, pues todavía depende de ello que se efectúe un juicio analítico de validez y eficacia frente a la Constitución de 1999. En todo caso, debe recordarse también que el veto político a la propuesta de reforma constitucional sometido a elección popular tiene por límite temporal el período constitucional en el cual fue presentado (*ex* artículo 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Por tanto, esta Sala, dada la imposibilidad de establecer un estudio correlativo entre los órdenes normativos, contenidos en el proyecto constitucional y la reforma de la Ley, concluye que no se configura la delación alegada por la recurrente, por lo que desestima dicho alegato de acuerdo a los términos en que se formuló su proposición. Así se decide.*

* Véase sobre la sentencia N° 255/2017 de 16 de mayo de 2017, los artículos de: Emilio J. Urbina Mendoza “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario” y de José Ignacio Hernández “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas”, publicados en la revista N° 149-150, primer semestre 2017.