

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2007

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

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado y del Sistema Político: Gobierno democrático y participativo y prevalencia de la voluntad popular expresada.* 2. *El Ordenamiento Jurídico: Principio de Legalidad.* A. En materia sancionatoria. B. En materia de procedimientos.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen general de los derechos humanos.* A. Principio de progresividad. B. Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos. C. Derechos humanos y derechos penitenciarios. 2. *Garantías Constitucionales.* A. La garantía de igualdad ante la ley. B. La garantía de acceso a la justicia: Derechos e intereses colectivos y difusos. C. Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia; Principio de culpabilidad. D. La Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares. 3. *Derechos Individuales.* A. Libertad Personal. B. Inviolabilidad del hogar domestico. 4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política: Referendos Revocatorios.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Competencias del Poder Público Nacional: Legislación en general.* 2. *El Poder Ejecutivo Nacional.* A. El régimen de la Administración Pública: Derecho administrativo sancionador. B. Procuraduría General de la República. a. Consulta para la aprobación de contratos de interés nacional. b. Consulta en los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República. 3. *El Poder Judicial: Sistema de Justicia: Órganos de Policía.*

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Cambiario, Monetario y el Crédito. Regulación del crédito: Tarjetas de crédito.* 2. *Derechos Económicos: Derecho de Propiedad: Limitaciones.*

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Silencio administrativo positivo.* 2. *Actos Administrativos: Vicios: Falso supuesto e inmotivación.* 3. *La actividad de policía administrativa.* 4. *Contratos Administrativos: Concesiones Administrativas.*

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad. Admisibilidad: Copia del acto normativo impugnado.*
2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público.*
3. *Recurso de Interpretación Constitucional. A. Legitimación. B. Inadmisibilidad.*
4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.*

VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Derechos: Jubilación.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado y del Sistema Político: Gobierno democrático y participativo y prevalencia de la voluntad popular expresada*

TSJ-SC (1680)

6-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Pedro Santaella Hernández vs. Decisión Sala Electoral

La Sala es del parecer que la legitimación brindada por el pueblo a través del sufragio mitiga la naturaleza del vicio denunciado, convalidándolo, y considera que debe privilegiarse la libre expresión de la voluntad popular por encima de la técnica operativa, tomando en consideración -además- los traumatismos políticos e institucionales que supone la forzosa desincorporación de un funcionario electo.

....No obstante tal desestimación, resta analizar la delación relativa a que la decisión impugnada "...se erige en violatoria de la voluntad de los electores del Municipio Casacoima del Estado Delta Amacuro, ya que no es posible después de casi tres (3) años de haber sido electo como Alcalde de ese municipio, sin que nadie haya solicitado la revocatoria de [su] mandato, se pretenda en este momento declarar la pérdida de [su] investidura como Alcalde por las razones contenidas en la sentencia recurrida..."

En este supuesto, entra en juego un valor fundamental de nuestro máximo texto normativo que atañe al altísimo papel que ha sido reconocido a la voluntad popular, como manifestación del ejercicio de la democracia participativa y protagónica, cuyo contenido axiológico se deriva claramente de los artículos 2, 3 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contando con vasto desarrollo en el catálogo abierto de derechos políticos, especialmente en las normas contenidas en el Capítulo IV del Título II de nuestra Carta Magna.

Así, ya el propio Preámbulo del Texto Fundamental anuncia el "...fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica...", propugnando como valores superiores "...la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político..." (artículo 3 *eiusdem*). En esta tarea, ya con el ánimo de materializar tales postulados, se dispone claramente que "...La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público..." (Resaltados de la Sala).

En el fallo cuestionado en esta oportunidad, la Sala Electoral procedió a desproclamar a un funcionario electo, aduciendo para ello que no satisfizo una concreta condición de elegibilidad: haber residido en el ente político territorial para cuyo cargo fue designado por votación popular durante los tres años anteriores, tal y como lo exigía el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable *rationae temporis*.

La comentada causal de elegibilidad, para nada resulta extraña a nuestro ordenamiento positivo y busca establecer un criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido. Este parámetro sirve para potenciar la idoneidad del candidato a ser electo, en la medida en que supone que dada su mayor conexión con aspectos propios de la vida local o regional, habrá de tener un mayor conocimiento acerca de las políticas públicas a ser implementadas.

Sin embargo, su infracción amerita ser contrastada a la luz de los postulados constitucionales que antes fueron expuestos, en aras de salvaguardar el preponderante rol del cuerpo electoral una vez que ha sido manifestada su voluntad en un proceso comicial. Desde esta perspectiva, la Sala es del parecer que la legitimación brindada por el pueblo a través del sufragio mitiga la naturaleza del vicio denunciado, convalidándolo. A esta conclusión se arriba luego de entender que debe privilegiarse la libre expresión de la voluntad popular por encima de una técnica operativa, tomando en consideración -además- los traumatismos políticos e institucionales que supone la forzosa desincorporación de un funcionario electo (véanse, entre otras, sentencias N° 812/2003, caso: *Carlos Ramón Brett*; N° 2444/2004, caso: *Tulio Rafael Gudiño* y las aclaratorias de este fallo N° 174/2005 y n° 1056/2005).

Cuando el ente electoral permite a una persona postularse y acudir a elecciones, se supone que dicho ente verificó que el aspirante cumplió con los requisitos para optar al cargo. En tal supuesto, si el postulado resulta vencedor en el proceso comicial de que se trate, mal puede señalarse que exista un ventajismo de su parte, quien inclusive compitió con la anuencia del máximo organismo electoral, por lo que la voluntad popular, piedra angular de la democracia participativa, debe ser respetada.

Es indudable para esta Sala que el solicitante en revisión tenía nexos con el Municipio en el que resultó electo, pues de no ser así no habría triunfado en tal proceso comicial desarrollado -como ha de presumirse- en condiciones legítimas.

Adicionalmente, la Sala debe observar que la decisión objeto de esta revisión, fue dictada de espaldas de un legítimo interesado en tal juicio -como lo es el ahora solicitante- en su condición de destinatario del acto administrativo comicial que fue cuestionado en sede contencioso-electoral, sobre todo si se toma en cuenta que éste participó en el procedimiento administrativo que dio lugar al mismo. No aparece aconsejable que en un juicio de tal naturaleza, baste la notificación por carteles a que hace referencia el artículo 244 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pues el beneficiario del acto posee un interés cuya intensidad amerita que sea llamado a juicio personalmente (*vid.* a este respecto, sentencia de esta Sala N° 1783/2001, caso *Manufacturas Rally Sport, C.A.*). En este sentido, al excluir al solicitante de manera absoluta de la participación en tal juicio con el fin de hacer valer sus derechos e intereses, la Sala Electoral de este Máximo Juzgado vulneró de manera flagrante sus garantías procesales relativas al debido proceso, en franca oposición a la aludida doctrina de esta Sala Constitucional.

En atención a esta última circunstancia, debe la Sala proceder a revisar el fallo dictado por la Sala Electoral, bajo el N° 82 de 6 de junio de 2007 y, a tal fin, ordena remitir copia certificada del presente fallo con el fin de que proceda a dictar una nueva decisión con apego a la doctrina contenida en el presente fallo. En consecuencia, se anula el fallo revisado, por

virtud de lo cual se ordena que el ciudadano Pedro Santaella Hernández sea inmediatamente restituido en el cargo del Alcalde del Municipio Casacoima del Estado Delta Amacuro. Así se decide.

2. *El Ordenamiento Jurídico: Principio de Legalidad*

A. *En materia sancionatoria*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30 -4 -76.

El Principio de Legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho; tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

En otro orden de ideas, la parte accionante alegó que los artículos 11 en sus ordinales 2°, 3° y 14°; así como los artículos 18, 19, 20, 23, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 59, 60, 63, 66, 68, 69, 71, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 103, 105, 107, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 158, 167, 173, 183 Parágrafo Único, 186, 191, 195, 197, 198, 199, 200, 201 y 203 [del Código de Policía del Estado Lara], violan la garantía del debido proceso en una de sus manifestaciones, a saber, el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones, toda vez que tales normas pertenecen a una ley dictada por el Poder Legislativo Estadal, el cual no se encuentra facultado para legislar sobre delitos, faltas o infracciones que tengan como consecuencia la imposición de sanciones a las personas, resultando así vulnerado el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Aunado a lo anterior, destacó que la Asamblea Legislativa del Estado Lara, al dictar tales artículos, usurpó funciones legislativas del Poder Legislativo Nacional.

Como punto de partida, debe afirmarse que el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

En este punto, ROXIN enseña lo siguiente:

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

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal–, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia N° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual restablece lo siguiente:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad” (Cfr. BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho

punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

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

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

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

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

“...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido...” (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad. De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que “... la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad...” (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio, *Estructura de la Tipicidad Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera edición, Bogotá, 1999, p. 81).

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser trasladados al campo del Derecho Administrativo Sancionador, el cual, al igual que el Derecho Penal, constituye una de las manifestaciones del *ius puniendi*, aun y cuando dichas ramas presentan ciertas diferencias (sentencia N° 1.984/2003, del 22 de julio, de esta Sala). A mayor abundamiento, los principios limitadores de la potestad punitiva –si bien tienen vigencia fundamentalmente en el campo del Derecho Penal-, serán cabalmente aplicables en el Derecho Administrativo Sancionador. Dicho traslado conceptual también resulta plausible –pero con menor intensidad- con relación a los principios penales que no estén regulados constitucionalmente. Claro está, los principios penales no pueden ser aplicados mecánicamente en el campo del Derecho Administrativo Sancionador, sino que deben ser adaptados a las particularidades de esta rama jurídica (Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tercera edición ampliada. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 168 y 173).

El principio de legalidad, no obstante que tuvo su origen en la esfera del Derecho Penal, se encuentra regulado en la Constitución a los efectos de limitar la potestad punitiva estatal, siendo que también constituye uno de los límites a dicha potestad cuando ésta se materializa a través del Derecho Administrativo Sancionador, pero en este supuesto la aplicación de dicho principio debe ser debidamente matizada, a los efectos de la adaptación del mismo a esta rama del ordenamiento jurídico, dada las peculiaridades que presenta la actividad administrativa (sentencia N° 488/2004, del 30 de marzo, de esta Sala), pero sin que el señalado principio se vea desprovisto de sus garantías o de sus exigencias básicas.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional español ha indicado lo siguiente:

“...El principio de legalidad administrativa (...) prohíbe la sanción por infracciones administrativas que no lo fuesen según la legislación vigente en aquél momento y se funda en los principios de libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) y se refleja en una doble garantía: material, que se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sanciones correspondientes y formal, relativo al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones...” (STC 101/1988, de 8 de junio).

En el mismo sentido, dicho Tribunal Constitucional también ha señalado que “*Del derecho a la legalidad de la sanción administrativa (...) no sólo se deriva la exigencia de reserva de ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones...*” (STC 270/1994, de 17 de octubre).

Así, en esta segunda manifestación del *ius puniendi*, la creación de infracciones y sanciones administrativas –por ejemplo, las multas–, también debe realizarse única y exclusivamente a través de una ley, pudiendo ser ésta de naturaleza estatal (como un Código de Policía), a diferencia de lo que ocurre en el campo del Derecho penal, en el que siempre debe ser una ley nacional. De igual manera, el mandato de tipicidad –el cual obedece a la garantía material del principio de legalidad– también irradia al Derecho Administrativo Sancionador, es decir, en este ámbito también se exige que la norma creadora de las infracciones y sanciones describan de forma específica y precisa las conductas concretas que pueden ser sancionadas, así como también el contenido de las sanciones a imponer por la realización de dichas conductas.

Precisado lo anterior, y respecto a la diversidad tipológica de las normas jurídicas, debe afirmarse que existen varias categorías de normas o reglas, con estructuras, funciones y propósitos distintos. Dentro de ese catálogo, se encuentran las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal y al del Derecho Administrativo Sancionador, es decir, aquellas que exigen imponer sanciones (por ejemplo, penas privativas de libertad, penas pecuniarias, etc.) bajo determinadas circunstancias. Esencialmente, son estas normas las que desarrollan, completan, refuerzan y concretan la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad. A los efectos de lograr una correcta diferenciación de las normas sancionadoras (especialmente las penales y administrativas) de otras categorías de normas jurídicas, debe analizarse la estructura interna de aquéllas. Para ello, debe partirse de la siguiente premisa: La norma jurídica constituye un mensaje prescriptivo, que se exterioriza a través de determinados símbolos, los cuales normalmente consisten en enunciados. Estos últimos, específicamente en el campo del Derecho, son los enunciados legales o textos legales (artículos).

A mayor abundamiento, debe hacerse la distinción entre las nociones de “enunciado normativo”, es decir, el medio expresivo en el que la voluntad normativa se manifiesta, y la noción de “proposición normativa”, esto es: lo que se dice o se intenta decir. Ahora bien, de la diferenciación entre estos dos conceptos, se pueden desprender las siguientes consecuencias: 1.- Una proposición puede ser expresada a través de diferentes enunciados; y 2.- A través de un mismo enunciado pueden ser expresadas diferentes proposiciones. De esto se desprende, y en ello se insistirá a lo largo del presente fallo, que un enunciado normativo puede contener, o se le pueden dar, diferentes lecturas, es decir, se le pueden adjudicar diversos sentidos. Desde otro punto de vista, debe señalarse que la estructura lógico-formal de toda norma, sea o no penal, contiene dos componentes fundamentales, a saber: un SUPUESTO DE HECHO y una CONSECUENCIA JURÍDICA. Lo anterior ha sido resaltado de manera diáfana por LARENZ, quien afirma lo siguiente:

“... la norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ello asocia al hecho circunscrito de modo general, el supuesto de ‘hecho’, una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general. El sentido de esta asociación es que, siempre que se dé el hecho señalado en el supuesto de hecho, tiene entrada la consecuencia jurídica, es decir, vale para el caso concreto...” (Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Primera edición traducida al español, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 243, 244).

Específicamente en el caso de las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal, es decir, las normas jurídico-penales, a primeras luces, el supuesto de hecho sería la CONDUCTA DELICTIVA, y la consecuencia jurídica sería el DEBER DE IMPONER LA PENA O LA MEDIDA DE SEGURIDAD. Pero es el caso que en este punto no se agota la problemática referida a la conceptualización de la norma penal. En tal sentido, y siguiendo las enseñanzas de MIR PUIG, podría hablarse de la existencia de una NORMA PRIMARIA, y por otra parte de una NORMA SECUNDARIA. La primera está dirigida al CIUDADANO, a los fines de prohibirle la realización de una conducta dañosa determinada, tal como ¡no matarás! o ¡no robarás!, pero es de resaltar que tal prohibición no se aprecia claramente en la redacción del enunciado legal que exterioriza la norma, sino que viene expresada de forma tácita. Por otra parte, tenemos la NORMA SECUNDARIA, la cual se encuentra dirigida al JUEZ, y que tiene por fin obligar a éste a que imponga la sanción legal respectiva, en caso de que el ciudadano incurra en la trasgresión del mandato prohibitivo que la norma –a través de su enunciado- prescribe.

Un fundamento metodológico de esta afirmación, podríamos encontrarlo en LARENZ, quien afirma lo siguiente:

“...Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo a ellas. En tanto estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. La mayor parte de las normas jurídicas son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos. Es característico de una ‘regla’ en el sentido aquí pensado, en primer lugar, su pretensión de validez, es decir, el sentido a ella correspondiente de ser una exigencia vinculante de comportamiento o de ser una pauta vinculante de enjuiciamiento –su carácter normativo-; en segundo lugar su pretensión de tener validez no sólo precisamente para un caso determinado, sino para todos los casos de tal ‘clase’ dentro de un ámbito especial y temporal de validez -su carácter general- (Cfr. LARENZ. *Ob. Cit.*, p. 242).”

Por otra parte, la sanción establecida en la norma secundaria, debe ser entendida como un comportamiento coercitivo de la autoridad prescrito en normas jurídicas en condiciones de contravención de otras normas jurídicas.

De la anterior definición, pueden extraerse los dos componentes esenciales de las sanciones jurídicas: 1.- Un comportamiento coercitivo de la autoridad (elemento material); 2.- Que tal comportamiento esté dispuesto en una norma jurídica, cuya condición de aplicación sea la transgresión de otra norma jurídica (elemento formal).

A los efectos del caso de autos, sólo interesa el estudio de una de las especies del género de las sanciones, a saber, las penas, en cuya imposición se concreta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el cual puede ser motorizado a través del Derecho Penal, o mediante el Derecho Administrativo Sancionador (sobre los fines de las penas, ver sentencia N° 915/2005, del 20 de mayo).

Ahora bien, para una mejor armonización de las categorías que componen la teoría de la norma jurídica, debemos conjugar las nociones básicas de supuesto de hecho y de consecuencia jurídica, con las de norma primaria y norma secundaria. En tal sentido, al analizar cualquier norma jurídico-penal, se perciben fácilmente -a primeras luces- en la redacción del enunciado de ésta, la norma secundaria, siendo el supuesto de hecho de esta última la conducta delictiva, y su consecuencia jurídica el deber de imponer la pena o la medida de seguridad, según sea el caso. Pero no debemos obviar que existe una norma primaria, que aunque expresamente no se encuentre en la redacción del enunciado legal, se encuentra tácitamente inserta en el núcleo conceptual de la norma.

Estas normas primarias también tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El primero sería una situación fáctica y de posible realización por parte del destinatario (ciudadano), y la segunda sería el deber incondicionado de aquél de no materializar tal situación fáctica.

El ejemplo paradigmático es la norma del Código Penal que tipifica el delito de homicidio simple: “*Artículo 405. El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años.*” Vemos que en principio dicho enunciado expresa claramente la NORMA SECUNDARIA, en la cual el supuesto de hecho viene constituido por un supuesto hipotético contenido en la frase “el que intencionalmente haya dado muerte”, y la respectiva consecuencia jurídica, la cual se encuentra inserta en la frase “será penado de doce a dieciocho años”. Pero en esa norma jurídica contenida en el señalado artículo, implícitamente hay un NORMA PRIMARIA destinada al ciudadano, cuyo supuesto de hecho viene dado por la hipótesis fáctica de “dar muerte”, y la consecuencia jurídica es el deber dirigido al ciudadano de no materializar esa conducta, es decir, el mensaje ¡no matarás!

Sobre la importancia que tienen para el Derecho Penal las nociones de norma primaria y de norma secundaria, MIR PUIG enseña:

“...La existencia de las “normas primarias” como correlato de las normas “secundarias”, en Derecho penal constituye, por otra parte, un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática jurídica. Como se verá en su momento, toda esta elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano...” (Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Quinta edición, Editorial Reppertor. Barcelona, 1998, p. 29).

Ahondando más en el tema, también resulta necesario, a los efectos de la presente explicación, hacer referencia a las categorías denominadas como NORMAS DE VALORACIÓN y NORMAS DE DETERMINACIÓN, las cuales también forman parte integral de la teoría de la norma jurídico-penal. En tal sentido, vemos que las normas penales implican –tal como se señaló anteriormente– un **imperativo**, el cual se traduce en la prohibición de realizar ciertas conductas; pero a su vez contienen **valoraciones** específicas (juicios de valor), como lo son las valoraciones negativas realizadas sobre determinadas conductas que el Derecho Penal considera como socialmente dañosas, así como también valoraciones positivas de bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos, etc. En el primer supuesto (**imperativos**) nos encontramos ante NORMAS DE DETERMINACIÓN, es decir, normas que imponen un deber específico. En el segundo caso (**valoraciones**), nos encontramos ante NORMAS DE VALORACIÓN, las cuales materializan un juicio de valor sobre determinados elementos. Con relación a la ubicación sistemática de estas dos últimas categorías, cabe afirmar que la norma de valoración (juicio de valor) encuentra su sede lógicamente en la norma primaria, contenida a su vez tácitamente en el núcleo de la norma jurídico-penal; y la NORMA DE DETERMINACIÓN (imperativo) encuentra su sede tanto en la norma primaria (deber impuesto al ciudadano) como en la norma secundaria (deber impuesto al juez), dado que ambas implican imperativos.

En conclusión, todas estas consideraciones son susceptibles de ser articuladas como un mecanismo que funciona de la siguiente manera: la valoración debe anteceder necesariamente al imperativo, es decir, en primer lugar el Derecho Penal debe valorar (negativamente) ciertas conductas, así como también debe valorar (positivamente) ciertos bienes jurídicos-penales; acto seguido, una vez determinado el carácter dañoso de esas conductas y la importancia de esos bienes jurídicos, debe pasarse a prohibir (norma primaria) al ciudadano dichas conductas en virtud del daño o peligro que pueden representar para esos bienes jurídicos, y establecer el

deber para el Juez (norma secundaria) de imponer una pena determinada en caso que el ciudadano infrinja esa prohibición. Todo este complejo de elementos y operaciones lógicas que necesariamente deben concurrir, es lo que le da composición a la norma jurídico-penal.

Ahora bien, debe esta Sala precisar que los anteriores planteamientos -al igual que los efectuados con relación al principio de legalidad- también son susceptibles de ser trasladados conceptualmente al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. El fundamento de ello estriba en la similitud sustantiva que existe entre los delitos y la institución de las infracciones administrativas, en el sentido de que el diseño estructural de los tipos contentivos de estas últimas se encuentra revestido de las mismas categorías que componen a la norma jurídico-penal (norma primaria, norma secundaria, norma de valoración, norma de determinación, sanción, etc.). Claro está, en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, los intereses tutelados son de menor relevancia social que los que se protegen a través del Derecho Penal. Así, a través de esta última modalidad del control social formalizado, el Estado busca proteger los bienes jurídicos esenciales para la existencia y supervivencia de la sociedad (como lo son, por ejemplo, la vida, la libertad, etc.), siendo que en virtud de la relevancia que ostentan estos intereses -también denominados bienes jurídico-penales-, los mecanismos que se derivan de otras ramas del Derecho son insuficientes para brindar su protección (principio de subsidiariedad o del Derecho penal como última *ratio*). En cambio, a través del Derecho Administrativo Sancionador se protegen intereses de menor relevancia, por ejemplo, el orden público, la decencia pública, etc., como es el caso de los códigos de policía.

En el caso *sub lite*, esta Sala observa, en primer lugar, que el Código de Policía del Estado Lara, tipifica en varios de sus enunciados conductas constitutivas de infracciones administrativas, cuya realización por parte de los ciudadanos acarrea como consecuencia jurídica, alternativamente, la imposición de penas multa o de penas privativas de la libertad ambulatoria (arresto). Tal es el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 51, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 95, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 197, 198, 200 y 203.

Lo anterior conlleva a afirmar que la norma secundaria de muchas de las faltas cuya inconstitucionalidad aquí se denuncia, al acarrear alternativamente dos consecuencias jurídicas, a saber, la imposición de una pena de multa o de una pena de arresto, da origen, a su vez, a otras dos (2) normas o proposiciones a las que corresponden, respectivamente, dos (2) comportamientos coercitivos de la autoridad.

Por ejemplo, el artículo 29 del Código de Policía del Estado Lara, dispone lo siguiente:

“Artículo 29º- Los que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos, serán penados con multas de veinte a cuarenta bolívares o arresto proporcional”.

De la lectura del citado enunciado normativo, pueden extraerse dos proposiciones o lecturas diferentes:

(1) La autoridad impondrá la pena multa de veinte a cuarenta bolívares, a todos aquellos que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos.

(2) La autoridad impondrá la pena de arresto proporcional a una multa de veinte a cuarenta bolívares, a todos aquellos que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos.

Una vez efectuado el examen del contenido de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 50, 51, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 95, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 197, 198, 200 y 203, a la luz de las consideraciones expuestas a lo largo del presente capítulo, esta Sala estima que existe una clara antinomia entre el principio de legalidad penal (en su garantía formal), el cual es una manifestación del debido proceso, consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las partes o proposiciones de esos artículos con base en las cuales las autoridades administrativas (Gobernador, alcaldes, agentes de policía), pueden imponer penas de arresto a las personas que realicen las conductas prohibidas (tales partes o proposiciones, tal como se ejemplificó, se encuentran insertas en las normas secundarias de cada una de las faltas contenidas en esos artículos). El fundamento de tal afirmación descansa, en que se ha constatado que, en efecto, a través de aquéllas se describen faltas cuya verificación acarrea para el infractor la imposición de penas privativas de libertad (arresto), siendo que tal potestad de establecer en un texto normativo penas de tal naturaleza es de exclusiva reserva del legislador nacional –garantía penal-, estándole vedada al legislador estatal la posibilidad de llevar a cabo el establecimiento de tales sanciones a través de una normativa que responde a la función de policía administrativa del Estado, específicamente un Código de Policía.

Esta Sala también ha constatado que los artículos 49, 86, 87, 91, 93, 167, 186 y 191 de esa ley estatal, establecen la pena de arresto como una única sanción a la verificación de la hipótesis tipificada, por lo cual, dichas normas también son contrarias en la totalidad de su contenido a la garantía penal del principio de legalidad consagrado en el artículo 49.6 del Texto Constitucional.

...

En quinto lugar, la parte recurrente también alega que el artículo 11 en su numeral 14, y los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara también se encuentran en contradicción con el principio de legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara disponen lo siguiente:

“Artículo 20°- Donde quieran que existan tumultos, riñas o desórdenes, concurrirá la Policía para contenerlos y aprehenderá (*sic*) a los participantes y los conducirá ante la autoridad respectiva”.

“Artículo 34°- La Policía coadyuvará con los Organismos instructores del proceso penal determinados en la Ley. En ese sentido podrá detener a los individuos sobre quienes recaiga fundadas sospechas de haber cometido delito o falta prevista en el Código Penal, especialmente, si se presume que puedan ocultarse o fugarse. De la detención se hará un Acta escrita, con expresión del fundamento que la motiva y una vez ejecutada se remitirá en un lapso que no exceda de tres días al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, quien se encargará de continuar la averiguación correspondiente y remitir el caso al Tribunal de Justicia competente, de ser procedente”.

“Artículo 97°- Cuando las Autoridades de Policía impongan alguna de las penas que establece este Código, lo harán constar por medio de una resolución, en un libro que con el nombre de Registro de Policía, llevarán los prefectos tanto de Distrito como de Municipio; y en ella se expresará el nombre y apellido de la persona sancionada, la naturaleza de la infracción cometida con todas sus circunstancias; la pena impuesta y la disposición legal aplicable al caso”.

“Artículo 199°- Cuando el padre o la madre o cualquier otro representante legal solicitare el auxilio de la Policía para recuperar a su hijo u otra persona que esté a su cargo, por haberse evadido de la casa o de, otro lugar que se haya destinado para su permanencia; la Policía practicará las diligencias conducentes para la aprehensión del evadido y una vez aprehendido éste, será entregado al reclamante. Si el evadido expusiera algún motivo que justifique su separación del lugar donde se ha escapado, la Policía abrirá la averiguación y pasará las actuaciones a la Autoridad competente. Mientras no resuelve lo pertinente, el evadido será depositado en cualquier establecimiento adecuado o en casa de familia honorable”.

“Artículo 201°- Cuando el padre o la madre o el tutor de una menor tratare de corromperla por sí o consintiere en que otro lo haga, la Autoridad de Policía sacará inmediatamente a dicho menor de acuerdo con el Fiscal del Ministerio Público, y pasará el caso al Juez competente.

Lo dispuesto en este Artículo se entiende igualmente con respecto a los demás parientes, a cuyo cargo estuvieren los menores”.

Sobre estos artículos cuya nulidad se demanda, vale destacar que aquéllos tampoco contemplan infracciones administrativas cuya constitucionalidad pueda ser colocada en entredicho; sino que, por el contrario, contienen normas de adjudicación que, en este caso, fungen como base adjetiva a los fines de articular el procedimiento que el Cuerpo de Policía estatal debe seguir en la práctica de ciertas diligencias, por ejemplo, en los supuestos de aprehensiones practicadas con ocasión de tumultos, riñas o desórdenes (artículo 20), en caso de auxilio prestado a los órganos instructores del proceso penal (artículo 34), en el caso de las formalidades para la imposición de sanciones (artículo 97), en caso de evasión de personas del cuidado y vigilancia de sus padres, madres o representantes legales (artículo 199), o para proteger a mujeres menores en el supuesto en que puedan ser corrompidas por sus padres, madres, tutores o cualesquiera otras personas (artículo 201).

En otras palabras, los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara encuadran en el rubro de las denominadas normas de adjudicación y no en el de las normas sancionadoras, teniendo las primeras una estructura, función y propósito distinto al de las segundas.

Las normas de **adjudicación**, siguiendo la clasificación de HART, son aquellas que confieren facultades a determinados órganos para dirimir conflictos relativos al cumplimiento o a la infracción de **reglas primarias**, es decir, se trata de normas que otorgan competencias a órganos del Estado (judiciales, administrativos), así como también establecen las condiciones personales, materiales y procedimentales para arribar a una decisión sobre el conflicto involucrado (sentencia, acto administrativo sancionador, etc.).

Debe aclararse que en criterio del mencionado autor, las **reglas primarias** son aquellas prescripciones sustantivas que establecen permisiones, prohibiciones u obligaciones, y dentro de este grupo se encuadran aquellas normas que exigen imponer sanciones bajo determinados supuestos (normas que exteriorizan el *ius puniendi*, sean de Derecho Penal o Derecho Administrativo Sancionador); mientras que por el contrario las **normas de adjudicación** son las reglas secundarias, teniendo estas últimas una naturaleza adjetiva.

Ahora bien, este criterio de clasificación de las normas o reglas sostenido por HART, el cual se basa en los conceptos de norma primaria y de norma secundaria, no debe ser confundido con las categorías conceptuales que integran la estructura interna de las normas sancionadoras, la cual fue expuesta *supra*. Dentro del grupo de las normas de adjudicación se encuadran, entre otras, las normas atributivas de competencia que existen en el Derecho Administrativo y en el Derecho Procesal.

Con base en lo anterior, debe afirmarse que los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara al no incardinar en su contenido faltas administrativas cuya verificación conllevaría a la imposición de una pena (es decir, reglas primarias), sino, por el contrario, articulan meros procedimientos a seguir por parte del órgano policial (reglas secundarias), su constitucionalidad no es susceptible de ser analizada a la luz de la garantía penal del principio de legalidad que contempla el Texto Constitucional, toda vez que la vulneración de éste sólo puede verificarse y examinarse con referencia en reglas primarias sancionadoras, y así también se declara.

En segundo lugar, En lo que se refiere al artículo 11.14 del Código de Policía del Estado Lara, dicha norma reza de la siguiente forma:

“Artículo 11º- Los Miembros del Cuerpo Policial, deberán dedicarse exclusivamente a los deberes, funciones y atribuciones del servicio.

No podrán ser destinados a ocupaciones extrañas a su carácter policial, siendo sus principales atribuciones y deberes los siguientes:

(...)

14º- Vigilar porque los niños no deambulen solos, sin la compañía de sus padres o representantes, por las calles y sitios públicos en horas de la noche; como asimismo para que no sean sometidos a actos denigrantes y sobre todo en el hábito de la mendicidad.”

Debe esta Sala afirmar que dichos preceptos, a pesar de que efectivamente tienen el carácter de normas jurídicas, no constituyen de ninguna manera normas jurídico-penales, ni tampoco infracciones administrativas cuya constitucionalidad o inconstitucionalidad pueda ser sometida a análisis en el presente fallo con base en una presunta contradicción al principio de legalidad de los delitos y las penas.

El fundamento de lo anterior descansa, en que la configuración estructural del mencionado numeral no reúne los elementos que componen a las normas sancionadoras –anteriormente explicados-, es decir, no son normas sancionadoras que acarreen una pena específica en caso que se verifique una conducta tipificada; por el contrario, constituyen reglas de adjudicación que confieren potestades a órganos públicos, a saber, a los miembros del Cuerpo Policial estatal.

Siendo así, se concluye entonces lo siguiente: **Para que sea plausible el examen de la validez de una norma a la luz de alguna de las garantías del principio de legalidad penal, debe tratarse de una prescripción que pertenezca al ámbito del *ius puniendi* en cualesquiera de sus manifestaciones, es decir, deberá ser una norma que describa una conducta cuya verificación acarree para el infractor la imposición de una pena.**

Claro está, las mentadas normas, si bien no son contrarias al artículo 49.6 del Texto Constitucional, no es menos cierto que sí violan el artículo 44 *eiusdem*, tal como se declaró en la sección anterior del presente fallo.

De igual forma, estas consideraciones no son óbice a que tales normas puedan ser analizadas bajo la óptica del principio de legalidad de las formas procesales, como se hará *infra*.

Por las razones antes expuestas, se concluye que en el caso *sub lite*, no cabe examinar la validez del numeral 14 del artículo 11 del Código de Policía del Estado Lara frente al contenido del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

De igual forma, esta Sala también ha examinado el artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara, a los fines de verificar si vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en tal sentido, se establece lo siguiente:

“Artículo 23°- Toda persona que perturbe el Ejercicio de algún culto, faltando al orden y respeto debido, queda bajo la acción de la Policía, la que impedirá el abuso e impondrá al infractor las penas que determina el artículo 19°”.

Respecto a esta norma, se advierte que ella describe una conducta prohibida (perturbación irrespetuosa al ejercicio de un culto), pero no establece cuál es la sanción aplicable en el caso en que dicha conducta se verifique. Ahora bien, esa norma en sí, a juicio de esta Sala, no viola las garantías (formales ni materiales) del principio de legalidad penal, ya que si bien prevé una falta (lo cual, como se indicó anteriormente, es legítimo en el Derecho Administrativo Sancionador) sin adjudicarle una pena concreta, no es menos cierto que sí describe detalladamente la conducta prohibida y constitutiva de la infracción administrativa, siendo que su complemento, es decir, su correspondiente penalidad, se encuentra, por remisión, en el artículo 19 de ese mismo Código de Policía. La circunstancia de que por técnica legislativa, la sanción que corresponda a la infracción regulada en una norma imperfecta, se haya previsto en otro artículo del mismo texto normativo, no es violatoria del principio de legalidad penal. Claro está, la inconstitucionalidad, por violación del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no recae sobre la norma contenida en el artículo 23; sino que, por el contrario, afecta es una parte de la norma complementaria (artículo 19), concretamente, a la proposición ubicada en la norma secundaria de esta última, que ordena a la autoridad imponer la pena de arresto a los infractores. Por tanto, con base en una interpretación del artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara conforme a la Constitución, la única sanción que podrá imponerse al infractor será la pena de multa prevista en el artículo 19 de la señalada normativa estatal.

Así las cosas, y con base en los anteriores argumentos, esta Sala estima que el artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara no contradice lo dispuesto en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

B. *En materia de procedimientos*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30-4-1976.

La regulación de los procedimientos judiciales sólo puede ser llevada a cabo mediante leyes dictadas por la Asamblea Nacional, es decir, por leyes formales. En el campo de los procedimientos administrativos el principio sufre sus matizaciones, toda vez que si bien el legislador nacional tiene la potestad de establecer las bases fundamentales de los procedimientos administrativos (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), ello no obsta a que los Estados y Municipios puedan llevar a cabo la ordenación, a través de sus respectivas leyes (como es el caso de los Códigos de Policía), de procedimientos especiales de esta índole.

.....En tercer lugar, la parte actora alegó en su escrito que el artículo 11 en sus ordinales 2, 3, 11 y 14; así como los artículos 18, 19, 20, 23, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único; 59, 60, 61, 63, 66, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95,

96, 97, 98, 103, 105, 107, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 158, 167, 169, 173, 183 Parágrafo Único; 186, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204 y 205 [del Código de Policía del Estado Lara], son contrarios al principio de legalidad de los procedimientos, cuyo basamento constitucional se encuentra en los artículos 187.1 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación en materia de procedimientos. Del contenido de esta norma, se desprende el principio de legalidad de los procedimientos, o de legalidad de las formas procesales, el cual ha sido denunciado como infringido en el presente caso. Ahora bien, tal principio abarca esencialmente a dos campos, en primer lugar, a los procedimientos judiciales, y en segundo lugar, a los procedimientos administrativos.

En cuanto a los procedimientos judiciales, debe esta Sala precisar que la regulación de éstos sólo puede ser llevada a cabo mediante leyes dictadas por la Asamblea Nacional, es decir, por leyes formales, tal como las define el artículo 202 del Texto Constitucional. El fundamento de ello se encuentra no sólo en el artículo 156.32 antes mencionado, sino también en el propio artículo 253 *eiusdem*. Esto cobra especial relevancia en el ámbito jurídico-penal, en el cual opera la garantía jurisdiccional del principio de legalidad penal, según el cual, no se puede imponer una pena o medida de seguridad, en tanto son consecuencias jurídicas del delito o falta, sino en virtud de una sentencia firme dictada en un proceso penal desarrollado conforme a la ley procesal –nacional- ante el órgano jurisdiccional competente, lo cual puede resumirse en el aforismo *nemo damnetur nisi per legale iudicio*.

Ahora bien, en el campo de los procedimientos administrativos –específicamente los sancionadores- tal principio sufre sus matizaciones, toda vez que si bien el legislador nacional tiene la potestad de establecer las bases fundamentales de los procedimientos administrativos (por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), ello no obsta a que los Estados y Municipios puedan llevar a cabo la ordenación, a través de sus respectivas leyes (como es el caso de los Códigos de Policía), de procedimientos especiales de esta índole.

Es el caso, que el diseño estructural del Estado venezolano (Estado federal descentralizado) hace plausible que en la esfera competencial de los distintos entes político territoriales se ubique la potestad de legislar –no así la de impartir justicia-, de la cual se deriva, a su vez, la facultad de ordenación de los procedimientos administrativos correspondientes, a los fines de su adaptación a la específica actividad administrativa prevista en cada caso y a la organización administrativa encargada de su desarrollo.

Dicho lo anterior, en el caso *sub lite*, observa esta Sala, en primer lugar, que la representación de la Defensoría del Pueblo considera que los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 95, 103, 105, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 169, 186, 191 y 195 son contrarios al principio de legalidad de las formas procesales.

Al respecto, esta Sala estima que estos enunciados normativos contienen normas de naturaleza sustantiva y no adjetiva, en el sentido de que únicamente contemplan normas sancionadoras, que tienen una estructura como la que se explicó en la sección anterior, es decir, tipifican una conducta cuya realización por cualquier persona, acarrea para ésta la imposición de una pena. En otras palabras, no constituyen normas de adjudicación a través de las cuales se articulan procedimientos tendientes a la producción de un acto jurídico, como lo sería, por ejemplo, un acto administrativo para la imposición de una sanción; sino que, por el contrario, prevén diversas especies de faltas administrativas.

Siendo así, esta Sala concluye que en el presente caso no tendría sentido hablar de una colisión entre este primer grupo de artículos -denunciados como inconstitucionales por la parte actora- y el principio de legalidad de las formas procesales -el cual es inherente al Derecho procesal en cualesquiera de sus manifestaciones-, toda vez que tales enunciados contienen normas sustantivas (o reglas primarias) que escapan de la aplicación del mencionado principio, siendo que el contenido de este último debe regir sobre las normas que tengan una naturaleza adjetiva, es decir, sobre las normas de adjudicación. En consecuencia, esta Sala no observa que los artículos 156.32 (en lo que se refiere al principio de legalidad de los procedimientos) y 187.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estén en contradicción con los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 103, 105, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 169, 186, 191 y 195 del Código de Policía del Estado Lara. Así se declara.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Régimen general de los derechos humanos

A. Principio de progresividad

TSJ-SC (1709)

7-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación Art. 493 del Código Orgánico Procesal Penal

La Sala analiza el alcance del principio de progresividad en la protección de los derechos humanos.

El artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el deber del Estado de garantizar “a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

Como se aprecia, el propio texto constitucional reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos.

Dicho principio se concreta en el desarrollo consecutivo de la esencia de los derechos fundamentales, en tres aspectos fundamentales: ampliación de su número, desarrollo de su contenido y fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este contexto surge la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser visto de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, enunciándose de esta forma la base para la protección de los derechos humanos.

Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la

negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados; mientras que en el artículo 23 se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por la República, y a las leyes que los desarrollen. De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República, es decir, cuando tales tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución –u otra normativa nacional-, dichos instrumentos internacionales se aplicarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia.

Referente a este principio, reitera esta Sala la doctrina señalada en la sentencia número 1.654 del 13 de julio de 2005, conforme la cual:

“la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos, sin embargo, la progresividad de los derechos humanos de los imputados, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, incluso de las víctimas de esos delitos, por lo que en ningún caso se autoriza la desproporcionalidad de las penas aplicables conforme a la gravedad del delito, ni un tratamiento igualitario respecto de quienes cometen delitos menos graves, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la justicia y la equidad.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que en atención a la progresividad de los derechos humanos, mal podría aplicarse por razones de conveniencia una norma que fue derogada hace más de cuatro años, con preferencia a la norma vigente para el momento de la comisión del delito en cuestión, pues eso aplicaría sólo cuando la derogatoria de la norma más favorable y consecuente entrada en vigencia de la nueva, ocurriese durante el juicio penal al cual se pretende aplicar la más benévola, lo cual no es el caso de autos”.

B. Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos

TSJ-SC (1709)

7-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del derogado 493 del Código Orgánico Procesal Penal

La Corte establece la diferencia existente entre las expresiones “derechos fundamentales” y derechos humanos”.

La globalización de los derechos humanos y la internacionalización de los derechos fundamentales, han cimentado una confusión en cuanto a su contenido y ámbito de protección. De allí, la necesidad de establecer la diferencia que existe entre las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos”.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, se subrayó el término “derechos del hombre”, el cual posteriormente fue sustituido por el de “derechos individuales”, pasando a ser el más común en los textos constitucionales.

Hoy, la denominación “derechos individuales” ha sido progresivamente abandonada en la doctrina y en la legislación. Actualmente se sostiene que “derechos fundamentales” son aquellos derechos garantizados por la Constitución y, que en cambio, la denominación de

“derechos humanos” refiere a derechos garantizados por normas internacionales. Los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y los segundos, a los Estados y organismos internacionales.

En síntesis, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados constitucionalmente, como los principios que satisfacen la ideología política de cada ordenamiento jurídico, y consecuentemente actúan como principios orientadores y limitativos de la acción estatal.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999, emplea la denominación “derechos humanos” a diferencia de la Constitución de 1.961, incorporando de esta manera un sistema normativo de los derechos humanos más avanzado, no solo por emplear términos propios, sino porque plantea una actualización en el marco de las últimas tendencias doctrinarias y legislativas sobre dichos derechos.

Acertadamente el constituyente advirtió que la confusión entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, y por tanto extendió el término derechos humanos para referirse a los derechos de la persona humana positivados tanto constitucionalmente como a nivel del Derecho Internacional Público.

C. *Derechos humanos y derechos penitenciarios*

TSJ-SC (1709)

7-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del derogado Artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal.

La relación entre el Estado y el sentenciado no se define como una relación de poder, sino como una relación jurídica con derechos y deberes para cada una de las partes. Para su observancia y garantía, esos derechos y deberes deben estar especificados en leyes y reglamentos. Por consiguiente, para el condenado, unas categorías de derechos son los derechos penitenciarios y otras los derechos humanos. Los derechos penitenciarios, son “los derechos específicos que derivan de su condición jurídica de sentenciado, los cuales se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del tratamiento resocializador”. Sus derechos humanos son “los derechos fundamentales de todo ciudadano no afectados por la sentencia”.

...El derecho a la tutela judicial efectiva que, a su vez comprende, una serie de garantías y derechos, entre ellos, el derecho al debido proceso, exige que ese cúmulo de garantías procesales que le configuran, acompañen al penado incluso en la fase de ejecución de la sentencia; tal como expresamente lo consagra el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 478.

De allí, que el condenado pueda ejercer durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que, en materia penal y penitenciaria, le hayan sido reconocidos u otorgados, entre ellos, la solicitud de los beneficios que, con respecto a las fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas, contemplan el mismo código y otras leyes. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el juez de la causa no es ya el encargado de la realización del cómputo de la pena o de la designación del establecimiento penitenciario en donde cumplirá su condena el penado. Acorde con las normas del citado

texto adjetivo, la ejecución de las penas asume una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, pues se procura concretar mayores garantías al sentenciado, quien puede impugnar por vía judicial las decisiones que tengan que ver con la ejecución de su sentencia, pero quedando bajo la custodia del Ejecutivo Nacional todo lo relativo al cumplimiento de la misma -en caso de sentencias condenatorias con penas corporales-.

Este cambio de concepción -anteriormente prevalecía el carácter administrativo- obedece a la finalidad de unificar el régimen de ejecución de sentencias penales. Con el Código Orgánico Procesal Penal se judicializa la fase de ejecución penal, a través de la creación de un órgano judicial -Juzgado de Ejecución- al cual le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme -artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Sin duda que, una de las funciones más relevantes del Juez de Ejecución Penal, es el control del respeto a los derechos del condenado, quien nadie duda tiene derechos: a) los fundamentales, inherentes a toda persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en las Constituciones a favor de todas las personas y que no se pierden por efectos de la condena penal, y b) los específicos, que se derivan de la sentencia condenatoria, de la particular relación que se establece entre el sancionado y el Estado que lo condenó.

La figura del Juez de Ejecución penal está vinculada, en principio, a la protección de los derechos humanos, en los cuales se basa igualmente el derecho de ejecución penal. Su intervención es una consecuencia del principio de la humanización de la pena -uno de los postulados de la moderna política criminal que pone especial énfasis en la protección de los derechos del condenado-.

Ahora bien, apunta la Sala, que se diserta en el foro y la doctrina sobre la ejecución de la pena; pero, no obstante, nada hasta ahora se ha dicho de la pena, la cual, en esencia, nace de la necesidad de dar respuesta a los conflictos que pudieran suscitarse entre los hombres que viven en sociedad, a fin de bajarles intensidad. En una sociedad regida por normas (Estado Social y Democrático de Derecho) quien lesiona un interés vital de vida o infracción a una norma, genera una disfunción en el sistema social. A ello el Estado responde con uno de sus mecanismos de control social, el Derecho Penal, tanto para evitar, como para imponer una pena o medida de seguridad.

Así, la tutela de bienes jurídicos se desarrolla mediante las funciones de la pena. En ella encontramos criterios de prevención general y prevención especial. La prevención general se dirige a intimidar o a motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos, en este caso la pena comunica, da un mensaje, que es: quien pretende o cometa un delito será sancionado a través de la pena privativa de la libertad, como expresión máxima del control del Estado.

Por otro lado, el criterio de prevención especial se entiende, a diferencia de la prevención general, que va dirigido al ciudadano específico, cuando éste ya delinquirió, tratando de evitar que cometa nuevos delitos o procediendo a efectuar tratamientos de índole terapéutica.

Cuestiones tan esenciales como la libertad y, en algunos casos, indirectamente, la vida misma del hombre, son decididas por otro sujeto que actuando investido del *ius puniendi*, trata de restablecer, equilibrando el interés de la sociedad, la víctima y el condenado, el orden jurídico-social infringido; y es pues, el Estado quien previamente ha fijado, a tales fines, las consecuencias de tal infracción. Es en virtud de ello que nace el derecho de recluir a los delinquentes, pues la sociedad transfirió al Estado tal facultad, al tiempo que todos sus miembros cedieron una porción de libertad al someterse a las previsiones legales tendientes a lograr la armonía y convivencia de los pueblos. De manera que, la pena busca no sólo

equilibrar los diversos intereses en juego, sino además que ese sujeto infractor del orden preestablecido reconsidere su posición, de ser posible sea reeducado y asuma su responsabilidad, al ser sacrificado en un bien tan importante para él, como es su libertad.

Sin embargo, teóricamente la pena no tiene por objeto “execrar” al infractor; por el contrario, busca una sanción suficiente, pero que permita al penado preparar su posterior reinserción, en la medida de lo posible, toda vez que haya mediado una etapa en la que éste tuviese la posibilidad de considerar su falta y de ver el repudio al que se somete a quienes violan la vida social. Es más, las sanciones no versan solamente en la privación de libertad, aunque es ésta -por su gravedad- la principal; pueden ser de la más variada índole sin perder el carácter punitivo y dependiendo de factores culturales, sociológicos, psicológicos, jurídicos, y en especial, de las circunstancias que rodean a la conducta prefijada. Se trata de un sistema complejo que, en teoría, procura retener o vigilar por un tiempo a una persona para que no siga delinquir, pero que a la vez debe tratar por métodos científicos, de lograr una reinserción social positiva.

Si se considera entonces, que el Estado no es un castigador a ultranza, a pesar de monopolizar la fuerza y el derecho punitivo, se llega a la conclusión de que la idea que priva no es tener establecimientos llenos de infractores de la ley, es más, el Estado opta por la libertad; pero tampoco puede dejar impunes y sin correctivos las conductas delictivas por él mismo establecidas, mediante las leyes.

No obstante ello, las penas con el pasar del tiempo han ido evolucionando y humanizándose; se toma más en cuenta la proporcionalidad que debe guardar la misma con la infracción cometida y el daño producido a la sociedad; pero, existen delitos cuyo impacto social es mayor, y es a éstos a los que se trata con especial cuidado, ya que la reclusión o el correctivo debe ser suficiente para que el infractor “lo piense dos veces antes de reincidir y piense más bien en su rehabilitación”, y para que la sociedad y la víctima se sientan seguros que el delincuente no va a reincidir de inmediato.

Es la magnitud del delito cometido, su trascendencia social en vista del peligro que representa, lo que a juicio de esta Sala, ha conducido al legislador a crear una escala punitiva, donde los beneficios que gozan los condenados son diferentes, sin que pueda considerarse por ello que exista discriminación con respecto a los penados, ya que el grado de peligrosidad, de amenaza social, la necesidad de reeducación es variable y uno de los termómetros para medir tal amenaza y peligrosidad, es la entidad del delito cometido.

Empero, no por ello, apunta esta Sala, el condenado está fuera del derecho, éste se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados legalmente por el contenido del fallo condenatorio.

Sus derechos continuaran siendo: a) “*uti cives*”, es decir, los inherentes al status de persona, excepto los expresa o necesariamente vedados por la ley o por la sentencia que se dicta en base a ella, los cuales fueron tomados en cuenta por el legislador, debido a las razones inmediatamente señaladas.

En esa categoría se incluyen, el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, a la libertad de conciencia y religión, salud, trabajo, etc., y b) los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos propios de su condición de penado, tales como que su vida se desarrolle en condiciones mínimas, lo que incluye instalaciones adecuadas e higiénicas, terapia ocupacional y una dieta alimenticia suficiente y balanceada; tener asistencia a su salud física y mental, asistencia

jurídica, educativa y religiosa, y a la progresividad, esto es, a solicitar los avances de libertad anticipada o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, si reünere los requisitos para ello. Esta es la situación jurídica del recluso, independientemente de que otros órganos del Estado, encargados de la reclusión la hagan efectiva.

La relación entre el Estado y el sentenciado no se define como una relación de poder, sino como una relación jurídica con derechos y deberes para cada una de las partes. Para su observancia y garantía, esos derechos y deberes deben estar especificados en leyes y reglamentos.

Por consiguiente, para el condenado, unas categorías de derechos son los derechos penitenciarios y otras los derechos humanos. Los derechos penitenciarios, reitera esta Sala, son “los derechos específicos que derivan de su condición jurídica de sentenciado, los cuales se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del tratamiento resocializador”. Sus derechos humanos son “los derechos fundamentales de todo ciudadano no afectados por la sentencia”.

Ahora bien, dictada una sentencia condenatoria que comporte una pena privativa de libertad, el legislador consagra algunas vías alternativas al fallo dictado. El condenado puede cumplir su pena, bien a través de las formas alternativas o de las formas de libertad anticipada y bajo las condiciones preceptuadas en la ley, o bien liberarse de ella a través de situaciones que afectan el cumplimiento de la misma como el indulto, la amnistía, la conmutación y el perdón de la parte ofendida, todas ellas consagradas de manera expresa en el Código Orgánico Procesal Penal.

Como el propio nombre lo indica, las formas o fórmulas alternativas son las que se aplican en lugar de la privación de libertad. Las formas de libertad anticipada son aquellas que de alguna manera acortan el tiempo que el condenado debe pasar encarcelado como prisionero o presidiario. Ejemplo de las primeras, la suspensión condicional de la ejecución de la pena; de las segundas: el destino a establecimiento abierto, el destacamento de trabajo y la libertad condicional. Fuera de la anterior clasificación, pero igualmente consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal, está la redención de penas por el trabajo y el estudio. No obstante sus particularidades, todas estas formas se encuentran expresamente reguladas bajo un mismo capítulo por el Código Orgánico Procesal Penal en el libro dedicado a la ejecución, calificando al segundo grupo, como fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena.

En este orden de ideas, apunta esta Sala, que el artículo cuya nulidad se demandó -493- consagraba algunas limitaciones generales a los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, para optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena. Así, señalaba la disposición en mención, que dichos condenados podían optar a ellas, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se les había impuesto. En los demás casos se atendía a los requisitos específicos.

Por ello, la norma en referencia fue objeto del presente recurso de nulidad, alegándose su inconstitucionalidad con base en la violación de los artículos 272, 19 y 21 de la Carta Magna.

Ante esto, la Sala señala, que debe analizarse entonces el contenido y alcance de las garantías y derechos denunciados como infringidos por la norma, a fin de la determinación de la inconstitucionalidad demandada.

En sintonía con los postulados de la moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le asegure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y “(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias”.

A la par, “(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”. La Sala aprecia, que el señalado artículo 272 Constitucional lo que consagra al penado son derechos específicamente penitenciarios que se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado “tratamiento resocializador”, y establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria.

La garantía constitucional contenida en el referido artículo 272 no admite el reconocimiento de derechos fundamentales, en el entendido de derechos inherentes a la persona humana, los cuales son establecidos en otras normas. Se trata de un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, como fines del Estado en esta materia, de carácter no exclusivamente formal, ya que fija unos criterios que tienen que ser respetados por éste al dar cumplimiento al mismo. Del cumplimiento de dicho mandato - como antes la Sala acotó- sí se derivan determinados derechos -los específicamente penitenciarios-; y, por ende, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado.

Como fundamento de tal aserto, la Sala cita al Doctor José Manuel Delgado Ocando en su trabajo “Algunas Consideraciones sobre el problema de los Derechos Positivos” (Estudios de Filosofía del Derecho, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Volumen 8, página 468): “(...) el derecho subjetivo es la relación entre un legitimado y un obligado, con arreglo a la cual el primero puede exigir del segundo un determinado comportamiento, y en caso de resistirse a observarlo, ha de soportar su obtención coactiva. Esto nos obliga a hacer un análisis del objeto jurídico, es decir, de la prestación que el deudor debe realizar a favor del derechohabiente. Si por derechohabiente o titular del derecho subjetivo se entiende aquél a quien corresponde una posibilidad normativa exigible, por objeto jurídico se debe entender lo que corresponde al derecho, esto es, la prestación del obligado. Todo derecho subjetivo ha de tener un objeto y, por eso, se ha cuestionado el carácter de derecho subjetivo a ciertas facultades o legitimaciones que carecen de objeto jurídico *stricto sensu* como los derechos fundamentales y de libertad del ciudadano”. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que, en la dimensión penitenciaria de la pena, se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, más no que éstas sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad. Distintas normas constitucionales ordenan al Estado garantizar determinadas actividades (artículos 83 y 88, por ejemplo). Tales garantías, establecen la labor del Estado en esas áreas, pero es éste quien va diseñando las formas de su otorgamiento, lo cual realizará de acuerdo a sus posibilidades reales. Al respecto, cabe citar lo señalado por esta Sala, en la sentencia N° 1002 del 26 de mayo de 2004 (Caso: *Federación Médica Venezolana*), en la cual asentó:

Atendiendo a ello se debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos.

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público.

(...)

En el primer caso se debe empezar por afirmar que la política, ciertamente, preponderantemente se manifiesta en actos, pero también se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (*Vid.* Sent. N° 1393/2001 SC/TSJ).

De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos. En efecto, está perfectamente consolidada la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del Derecho, de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, sobre los objetivos económicos, en general, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun discrecional políticamente, no se desarrolla, en este sentido, al margen del Derecho.

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional.

Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio. En este sentido, comparte la Sala lo expuesto por Schmidt-Assmann (*Cfr.* Grundgesetz Kommentar, Beck, München), quien, vale acotar, si bien proclama la sumisión absoluta al Derecho de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, indica que '[l]as valoraciones políticas de esta clase corresponde al Gobierno Federal. La Ley Fundamental sólo pone para este poder de juicio los límites de la ostensible arbitrariedad. El Tribunal Constitucional Federal no tiene que controlar dentro de estos límites, si las valoraciones de esta clase son acertadas o no, puesto que para ello carece de medida jurídica; de esas valoraciones sólo se responde políticamente' (*Vid.* Antonio Embid Irujo, "La Justiciabilidad de los Actos de Gobierno (de los Actos Políticos a la Responsabilidad de los Poderes Públicos)", en *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2697-2739).

Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional español, tan seguido por nuestro foro, en su sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, en la que indicó que '[e]l Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan -por la propia función que compete al Tribunal- toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control del Congreso (...). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función, y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión del gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático'.

Ahora, que las políticas, en principio, estén exentas de control judicial no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero ese proceso de deslegitimación no puede ser calificado por el Poder Judicial, salvo que se trate de establecer la responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, así mismo, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión, lo que al final, por cierto, deja de ser un control sobre los elementos políticos del acto para pasar a ser un control sobre los elementos jurídicos del mismo.....

...La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces. Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio*

finium regundorum entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social”.

El que el Estado garantice, no quiere decir que no existan fallas o que mientras se implementa lo garantizado, surjan áreas con una cobertura relativa. Las fallas del Estado en ese sentido, y siempre que pueda realmente atender lo pretendido, puede originar acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, o una sanción política mediante la desaprobación electoral en la gestión de gobierno. En consecuencia, el incumplimiento de las garantías abstractas, que delinear los fines del Estado, no otorgan derechos subjetivos individuales.

2. Garantías Constitucionales

A. La garantía de igualdad ante la ley

TSJ-SC (1709)

7-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación Art. 493 (derogado) del Código Orgánico Procesal Penal.

La igualdad en nuestro texto constitucional 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 (en relación con su contenido).

...en cuanto al derecho a la igualdad ante la ley 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, tal como lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional Español, no debe ser entendido en sentido lato en el sentido de que todos han de ser tratados por igual, ya que “un tratamiento similar para situaciones desiguales puede entrañar mayor desigualdad”. Existe discriminación cuando el trato desigual carece de una justificación objetiva y razonable.

De allí, que a pesar de lo permisiva que una ley pueda ser, es imposible que dé trato igual a todos los casos, toda vez que no todos los delitos son iguales, ni el daño social -consecuencias sociales- que ellos generan es de igual naturaleza.

Existen situaciones cuyas consecuencias jurídicas y sociales son más graves que otras, y es allí en donde el derecho objetivado por el Estado entra a fin de “poner orden” y precaver se vuelvan a realizar las mismas conductas.

Si se toma en cuenta la norma en diserto, puede observarse que estaba referida a los delitos que causan un mayor perjuicio y repudio en la sociedad; no obstante, no les negaba a los condenados por tales delitos, la posibilidad de solicitar el beneficio, se los postergaba. Aceptar que en este supuesto se está frente a una discriminación *per se*, sería como aceptar que la diferencia entre los tipos y duración de las penas, según el delito de que se trate también son discriminatorias, por tanto inconstitucionales.

La igualdad en nuestro texto constitucional 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 (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido.

Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

A juicio de esta Sala, la circunstancia de que ciertos delitos tengan asignadas penas mayores, atendiendo a la infracción cometida y, en consecuencia, a los condenados por dichos delitos se les posponga la posibilidad de obtener formulas alternativas de cumplimiento de la pena, está fundada en una justificación objetiva y razonable: la magnitud de sus consecuencias jurídicas y sociales.

Corolario de lo expuesto, las limitaciones que el legislador estableciera en el artículo 493 -incorporado en la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, de noviembre de 2001- a los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso, cuando el delito no excediera de tres años en su límite superior, para optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, no comporta vulneración alguna del principio de progresividad de los derechos humanos, del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, ni a la garantía consagrada en el artículo 272 constitucional, toda vez que dichas

limitaciones son medidas que orientan la política criminal y penitenciaria del Estado, cuyo objetivo es la readaptación social del delincuente, de manera que se está en un ámbito en el que no hay una afectación directa de derechos fundamentales de los internos reclusos.

Recuerda la Sala, que el artículo 272 citado se refiere a derechos penitenciarios y no a Derechos Humanos. A criterio de esta Sala, las posibles limitaciones de los derechos inherentes a la persona del condenado, surgen de la necesidad de conciliar los derechos de los distintos individuos, como también los derechos individuales y los bienes o derechos colectivos, toda vez que existe primacía de los derechos e intereses colectivos sobre los individuales, como consecuencia de la proclamación de un Estado como Social y Democrático de Derecho.

Por otra parte, tampoco está en juego un aspecto ligado estrechamente con el respeto de la dignidad humana, pues no puede sostenerse que de la aplicación o no de los beneficios de suspensión condicional de la pena, depende la debida salvaguarda de la dignidad de las personas. Dichos beneficios presuponen la existencia de un proceso criminal debidamente concluido, que ha llevado a la autoridad judicial a imponer una sentencia condenatoria en contra de una persona que deberá cumplir una pena determinada, de acuerdo con las leyes aplicables y las circunstancias que distinguieron el caso concreto.

De allí, que no pueda aseverarse que un sentenciado por los delitos que la norma señalaba, estaba sometido a un trato que afectaba su dignidad humana, pues ésta -a juicio de esta Sala- se vería, indirectamente afectada, por el respeto a las garantías constitucionales que rigen el proceso penal, más no por la existencia o inexistencia de beneficios sustitutivos de la pena, beneficios que el legislador puede configurar con libertad dentro de amplios márgenes.

El legislador no introdujo, arbitrariamente, disposiciones que distinguían entre aquellos condenados a los que se les podían otorgar ciertos beneficios y a los que no; sino que lo hizo con el fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente previsto, mediante medidas racionalmente conectadas con dicho objetivo, sin incurrir en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados. Con base en las consideraciones precedentemente expuestas, juzga en consecuencia esta Sala, la constitucionalidad del hoy derogado artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, y así se declara.

B. *La garantía de acceso a la justicia: Derechos e intereses colectivos y difusos*

TSJ-SC (1670)

1-8-200

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Seijas vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Es deber del Estado supervisar el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión), por lo que cualquier uso indebido de los mismos, que puedan afectar a un grupo indeterminado de personas, se incluye dentro de los supuestos de derechos o intereses difusos.

Al efecto, se aprecia que los accionantes no argumentan en qué se fundamenta la protección de los derechos o intereses difusos o colectivos, que alegan representar. No obstante, la Sala precisa realizar las siguientes consideraciones a los fines de declarar su competencia, en los siguientes términos:

En tal sentido, resulta necesario señalar que, en términos generales, es deber del Estado supervisar el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión), por lo que cualquier uso indebido de los mismos, que puedan afectar a un grupo indeterminado de personas, se incluye dentro de los supuestos de derechos o intereses difusos. Así lo estableció esta Sala, en criterio que reitera una vez más en la sentencia del 30 de junio de 2000 (caso: “*Dilia Parra*”):

Asimismo, se observa que en sentencia N° 3.648 del 19 de diciembre de 2003, la Sala realizó una síntesis basada en las decisiones dictadas en distintas oportunidades, referida a los derechos e intereses colectivos o difusos y en ella expresó, lo siguiente:

“(…) cabe recordar que, en sentencia N° 656, del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén, la Sala dispuso -entre otras cosas- que “(e)l Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (…)”.

En dicho fallo se establecen como caracteres resaltantes de los derechos cívicos, los siguientes:

- 1.- Cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede -en principio- actuar en protección de los mismos, al precaver dichos derechos el bien común.*
- 2.- Que actúan como elementos de control de la calidad de la vida comunal, por lo que no pueden confundirse con los derechos subjetivos individuales que buscan la satisfacción personal, ya que su razón de existencia es el beneficio del común, y lo que se persigue con ellos es lograr que la calidad de la vida sea óptima. Esto no quiere decir que en un momento determinado un derecho subjetivo personal no pueda, a su vez, coincidir con un derecho destinado al beneficio común.*
- 3.- El contenido de estos derechos gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad, sin distingos de edad, sexo, raza, religión, o discriminación alguna.*

Entre estos derechos cívicos, ya ha apuntado la Sala, se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos, a que hace referencia el artículo 26 de la vigente Constitución, y respecto a los cuales en distintas oportunidades se ha pronunciado (ver, entre otras, sentencias números 483/2000, caso: Cofavic y Queremos Elegir; 656/2000, caso: Dilia Parra; 770/2001, caso: Defensoría del Pueblo; 1571/2001, caso: Deudores Hipotecarios; 1321/2002, caso: Máximo Fébres y Nelson Chitty La Roche; 1594/2002, caso: Alfredo García Deffendini y otros; 1595/2002, caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas; 2354/2002, caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo; 2347/2002, caso: Henríque Capriles Radonski; 2634/2002, caso: Defensoría del Pueblo; 3342/2002 y 2/2003, caso: Félix Rodríguez; 225/2003, caso: César Pérez Vivas y Kenic Navarro; 379/2003, caso: Mireya Ripanti y otros; y 1924/2003, caso: O.N.S.A.).

Conforme la doctrina contenida en tales fallos, los principales caracteres de esta clase de derechos, pueden resumirse de la siguiente manera:

DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión. Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como

ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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

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

... omissis ...

LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.

LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (...)" (Mayúsculas del original).

Igualmente, se advierte que esta Sala en sentencia N° 536 del 14 de abril de 2005 (caso: "Centro Termal Las Trincheras, C.A."), indicó lo siguiente:

"(...) Los derechos o intereses difusos tienen como rasgo definidor su indeterminación objetiva, pues el objeto de los mismos es una prestación indeterminada. Así lo determinó esta Sala Constitucional en su fallo N° 1321 del 16 de junio de 2002 (caso: Máximo Febres Siso y Nelson Chitty La Roche), en el que se señaló lo siguiente:

'A su vez, los derechos o intereses difusos son indeterminados objetivamente, ya que el objeto jurídico de tales derechos es una prestación indeterminada, como ocurre en el caso de los derechos positivos, a saber, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda. Un derecho o interés individual puede ser difuso cuando es indeterminado por su carácter más o menos general o por su relación con los valores o fines que lo informan. En la privación de la patria potestad o en el procedimiento de adopción los derechos del niño y del adolescente pueden ser difusos en la medida en que la cura o cuidado de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente depende de que el interés tutelable sea concretado por el juez en cada caso. En suma, difuso no se opone a individual, ni se identifica con lo colectivo. Difuso se opone a concreto, claro o limitado; mientras que individual y colectivo se contrarían de manera patente'.

De acuerdo con el criterio sostenido en el fallo parcialmente transcrito, el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de garantizar el desenvolvimiento de la población en un ambiente libre de contaminación, establecida en el último párrafo del mencionado artículo 127 Constitucional, genera un derecho difuso en los ciudadanos, dada la indeterminación objetiva de la prestación debida por el Estado para cumplir con tal obligación.

Mención aparte merecen las consideraciones sobre la legitimación activa en casos como el de autos, en el que se ha alegado la afectación de un bien común, como lo es, vivir en un ambiente con las características señaladas. En el fallo antes referido, la Sala se pronunció sobre la noción de 'bien común', y expresó:

'El bien común no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (cf. Joseph Raz, La ética en el ámbito de lo político, Barcelona, Gedisa, 2001, trad. de María Luz Melon, p. 65).

Vivir en un ambiente libre de polución y ecológicamente equilibrado sirve a la comunidad en cuanto tal, y no a la suma de sus componentes, en el sentido expuesto en el fragmento supra transcrito, por lo que 'el círculo de sujetos interesados (...) desborda en este caso los límites de la individualidad, legitimándose para el ejercicio de la acción a todos los miembros de una determinada colectividad o sólo a alguno de ellos, para deducir una pretensión común a todos' (Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes. La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos, Navarra, Aranzadi Editorial, 1999, pp. 179-180).

En el caso del ordenamiento venezolano, el artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga legitimación activa al Defensor o Defensora del Pueblo para interponer acciones relativas a intereses difusos.

Señala dicho artículo:

'Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

3. *Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley (...)*.

*Ahora bien, aun cuando dicho artículo 281 otorga legitimación activa al Defensor o Defensora del Pueblo para interponer acciones tendientes a la tutela de intereses difusos, tal legitimación no puede entenderse como un atributo exclusivo de dicho órgano, más aún cuando el propio texto constitucional consagra, en su artículo 26, que ‘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’ (...)* (Vid. sentencia número 3059 del 4 de noviembre de 2003 (Caso: Jaime Barrios).

Así lo juzgó esta Sala Constitucional, en su decisión N° 656 del 30 de junio de 2000 (caso: Dilia Parra Guillén), oportunidad en que se destacó lo siguiente:

‘En ese sentido, la Sala considera que si el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla, sin distinción de personas la posibilidad de acceso a la justicia para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, tal acceso debe interpretarse en forma amplia, a pesar del rechazo que en otras partes y en algunas leyes venezolanas, exista contra el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos. En consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos, y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos. Esta interpretación fundada en el artículo 26, hace extensible la legitimación activa a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos, y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, siempre que obren dentro de los límites de sus objetivos societarios, destinados a velar por los intereses de sus miembros en cuanto a lo que es su objeto. El artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sigue esta orientación’ (...).

De conformidad con lo antes expuesto, se colige que la sociedad mercantil Centro Termal Las Trincheras, C.A. posee la legitimación requerida para interponer la presente acción de amparo constitucional por intereses difusos (...)” (Negrillas y subrayado del original).

Asimismo, esta Sala reitera su posición respecto al deber que tiene el Estado de velar porque el correcto cumplimiento de aquellas actividades que sean de interés social, cumplan con su cometido esencial, sin desmedro de los intereses de la colectividad, y actuando por el contrario, en beneficio y defensa del bien común. Así, en la sentencia del 21 de agosto de 2001 (caso: “ASODEVIPRILARA”) se afirmó:

“El Estado debe cumplir a la población en las áreas de interés social, de acuerdo a lo que la Constitución y las Leyes pauten, sobre todo cuando al Estado le corresponde la vigilancia y el control de determinadas actividades propias o de los particulares. Si esa función falla, los ciudadanos tienen el derecho de exigirle al Estado que cumpla, pero muchas veces el incumplimiento proviene de la omisión de actividades propias de la administración o de actos administrativos que por su naturaleza causan daños individuales mínimos, casi imperceptibles, motivo por el cual no son reclamados por los ciudadanos (permisos ilegales, exenciones mínimas, autorizaciones, etc.), ya que individualmente no contraen un perjuicio que amerita acudir a la jurisdicción, o que de hacerlo resultaría muy oneroso para el demandante, pero que si se suman o se contemplan como un universo, agravan las necesidades sociales, como -por ejemplo- cuando con mínimos cobros ilegítimos, el cobrador obtiene un lucro desproporcionado a la prestación debida o a su calidad.

Se trata de incumplimientos que aislados pueden crear daños leves que no vale la pena reclamarlos individualmente, pero que observados desde una sumatoria de los mismos resultan lesiones graves para la sociedad o partes de ella.

Pretender que la vía para obtener la reparación de estos daños son las clásicas demandas por nulidad de los actos administrativos es una irrealidad, ya que es la conducta omisiva o ilegal del Estado, o de los particulares deudores de la prestación social, la que en bloque produce los actos dañosos a la actividad, y en criterio de esta Sala, esa desviación de poder continuada, producto de una falta en la actividad estatal o de su colusión con los particulares, permite a las víctimas acciones por derechos o intereses difusos, o de otra naturaleza, cuando la prestación incumplida total o parcialmente atenta contra el débil jurídico y rompe la armonía que debe existir entre grupos, clases o sectores de población, potenciando a unos pocos a costas del bien común. El restablecimiento o mejora de la calidad de la vida se convierte en el objeto de las acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, más que la solución de un problema particular en concreto”.

En consecuencia, se aprecia que, a esta obligación por parte del Estado se adosan las propias de las empresas de telecomunicaciones, independientemente de que éstas se constituyan en un servicio de difusión por suscripción, dado el alcance e influencia que sobre la sociedad -usuarios- tienen las emisiones transmitidas por las mismas -aunque más limitado que los medios de señal abierta-, y que por tal razón pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos como lo podrían ser el derecho a la educación y a contribuir con la formación de la ciudadanía para el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, cuyo desconocimiento implique no la afectación de una persona en particular, pues no cabe duda que tales emisiones conllevan la influencia sobre un colectivo, lo que justifica medidas de carácter general dirigidas a un número indeterminado de personas, y que por tal situación deviene la acción interpuesta en una demanda de protección de derechos e intereses colectivos, y así se declara.

Considerando lo anterior, reitera igualmente esta Sala que, hasta tanto se dicte la ley que establezca de forma expresa el medio procesal idóneo para la decisión de estas causas, la Sala Constitucional, por mandato de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la competente para conocer de este tipo de acciones, tal y como se señaló en el caso: “*Dilia Parra*”, citado *supra*, que esta Sala ratifica una vez más, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del Texto Constitucional cuya interpretación vinculante se verificó en dicho caso, a tenor de lo establecido en el artículo 335 *eiusdem*. Además, considerando que el segundo párrafo del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que “*Toda persona tiene derecho a acceso al Tribunal Supremo de Justicia en cualesquiera de sus Salas 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*”; por ser la materia debatida de índole constitucional, la Sala se declara competente para conocer de la acción incoada, y así se decide.

C. *Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia: Principio de culpabilidad*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4- 1976.

La Sala Constitucional define el termino “Derecho Penal del autor”, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, es un modelo este que se contraponen al moderno “Derecho penal del hecho”.

Por su parte, el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, también impugnado por la parte actora, dispone lo siguiente:

“Artículo 52º.- A las personas que se encuentren en jurisdicción del Estado y puedan ser consideradas como vagos y maleantes, se le aplicará previo el cumplimiento de las tramitaciones legales, las sanciones establecidas en la Ley Nacional que prevé (*sic*) este tipo de infracciones”.

De la lectura de dicha norma, se extrae que la misma permite la imposición de sanciones a personas que se consideren como “vagos” o “maleantes”. Sobre este particular, debe precisar esta Sala, en primer lugar, que la ley nacional que contempla tales sanciones y a la cual hace referencia el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, es decir, la ley cuyo contenido es desarrollado por dicho artículo, es la Ley sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez el 18 de julio de 1956, y cuya inconstitucionalidad total fue declarada por la extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, en sentencia del 14 de octubre de 1997.

En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de “vago” o “maleante” que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado “Derecho Penal del autor”, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contraponen al moderno “Derecho penal del hecho”.

Ahora bien, al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del “Derecho Penal del autor” en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** (*nullum crimen sine culpa*), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que “...no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos...”.

En este mismo sentido, FERRAJOLI, al analizar el principio de culpabilidad, enseña que:

“... es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción –que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*- puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) **la personalidad o sudad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito;** b) **la imputabilidad o capacidad penal,** que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer; c) **la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto,** que designa la consciencia y voluntad del

concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible...” (resaltado del presente fallo) (Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid, 1998, p. 490).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional. Resulta entonces obvio que el contenido de todos estos valores, principios y derechos constitucionales antes mencionados se ve afectado por la norma aquí examinada, toda vez que ésta dispone que el carácter de “vago” o de “maleante” constituirá un presupuesto para las sanciones correspondientes (a saber, las previstas en la Ley sobre Vagos y Maleantes).

Por tanto, visto que la disposición normativa inserta en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara desarrolla el contenido de una la Ley Nacional declarada nula por inconstitucional, aunado a que dicha norma estatal es *per se* contraria al principio de culpabilidad, forzoso es para esta Sala estimar que, a todas luces, la misma resulta abiertamente contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara. Por ello, forzoso es para esta Sala concluir que las normas contenidas en los artículos 11 en sus ordinales 2 y 3; 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 85, 86, 87, 91, 93, 95, 98, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 167, 186, 191, 197, 198, 200 y 203, y a través de las cuales el legislador estatal ha concretado la previsión de las penas de arresto antes señaladas, tampoco resisten el escarpelo del análisis constitucional, al ser también contrarias al artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

D. *La Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares*

TSJ-SC (1670)

1-8-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Seijas vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

El juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes los cuales no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, siendo que el presente caso, se debe entender en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la posibilidad de acordar medidas cautelares aun de oficio.

....Precisado lo anterior, advierte esta Sala que el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. En este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

En este escenario, se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales, las cuales se encuentran concebidas en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y de restablecer con carácter urgente las posibles amenazas o violaciones a los derechos y garantías constitucionales establecidos en el Texto Fundamental, con lo cual, las medidas cautelares fungen y surgen como una necesidad de los justiciables, así como también, en determinadas ocasiones, del órgano jurisdiccional, en aras de salvaguardar o mantener resguardado el núcleo esencial del derecho constitucional de las partes involucradas, y no como una excepción, razón por la cual, constituyen una facultad susceptible de ejercitarse en todo estado y grado del proceso, siempre que resulte necesario en el caso que se trate.

En este orden de ideas, se advierte que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes los cuales no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, siendo que el presente caso, se debe entender en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la posibilidad de acordar medidas cautelares aun de oficio.

De manera que, los principios constitucionales antes señalados además de insistir en la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado ante los Tribunales de la República, establece que el fin primordial de éste es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de **justicia y razonabilidad** que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver. En este sentido, se aprecia que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela judicial requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas (*fumus boni iuris y periculum in mora*), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses. La parte actora solicitó se dicte una medida cautelar innominada, a través de la cual se suspendan los efectos de los actos administrativos emanados del Director General del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contenidos en los Oficios N° 001503 y 0001511, ambos del 23 de julio de 2007.

Al respecto, esta Sala observa preliminarmente la no existencia de un marco regulatorio que dé una definición de quiénes son los Productores Nacionales Audiovisuales a los fines de dar cumplimiento a los actos administrativos objeto de la presente demanda, lo cual en principio genera incertidumbre en la posibilidad de cumplimiento por parte de las operadoras de televisión por suscripción de los mismos. En tal sentido, dejar a la discreción de las prestadoras de servicios por suscripción la determinación de tal concepto técnico podría limitar el acceso de los usuarios a los servicios de televisión por cable.

Por lo tanto, de los hechos narrados por la parte accionante, así como del análisis de las actas procesales, se evidencia la existencia de una situación que amerita la utilización, por parte de esta Sala Constitucional, de sus amplios poderes cautelares, por lo cual declara procedente la medida cautelar innominada solicitada y, en consecuencia, se suspenden los efectos de los actos administrativos emanados del Director General del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contenidos en los Oficios N° 001503 y 0001511, ambos del 23 de julio de 2007. Así se decide.

3. *Derechos Individuales*

A. *Libertad Personal*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4-1976.

El derecho a la libertad personal -o libertad ambulatoria- contenido en el artículo 44 de la Constitución el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana. Es una de las derivaciones más relevantes de la libertad.

Al respecto esta Sala observa que se ha demandado la anulación parcial de una ley estatal por conferir competencia a órganos administrativos, tanto estatales como municipales (Gobernador del Estado, el Comandante de las Fuerzas Armadas Policiales, los Prefectos de Distrito y los Alcaldes de Municipio) para ordenar arrestos, cuando -en criterio de la parte actora- ello es sólo competencia de los órganos judiciales.

Como se observa, en esas normas –transcritas en el Capítulo II- se faculta a las distintas autoridades administrativas para ordenar arrestos, con una sola diferencia: la privación de libertad será de menor o mayor duración dependiendo del funcionario que la imponga (desde 48 horas hasta 30 días).

Por su parte, el artículo 98 del Código impugnado permite otra manera de ordenar el arresto: mediante la conversión de las multas. Dicho artículo establece:

“Artículo 98°.- Cuando el penado a quien se hubiere impuesto una multa no pudiese satisfacerla, le queda el derecho de solicitar que se le conmute en arresto, y si la Autoridad así lo acordare, se computará a razón de cien bolívares por cada día de arresto”.

Los impugnantes expusieron en su libelo que tales normas son lesivas al contenido esencial del derecho a la libertad personal, toda vez que permiten la privación de libertad de personas fuera de los supuestos que autoriza el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ello, solicitaron la anulación de los artículos que han sido impugnados en este primer aspecto.

Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencias números 1.372/2003, del 29 de mayo, y 130/2006, del 1 de febrero, esta Sala sostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual –se destacó– que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos.

Así, en líneas generales, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también constituye un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, el cual hace a los hombres sencillamente hombres. De allí que se pueda afirmar, que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos y extranjeros.

Ahora bien, una de las derivaciones más relevantes de la libertad, es el derecho a la libertad personal –o libertad ambulatoria– contenido en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana.

En este mismo sentido, BORREGO sostiene:

“Ciertamente, uno de los derechos que aparte de la vida goza de un lugar privilegiado en el fuero constitucional, es la libertad personal y que también se vincula con otros derechos como la libertad de tránsito, de pensamiento, expresión y tantos más que adquieren relevancia para el desarrollo humano. Particularmente, este es un derecho subjetivo que interesa al orden público (favorable a los derechos humanos, según expresión de Nikken) y normalmente, es registrado como un valor fundamental para el enaltecimiento de la dignidad del ciudadano que ajusta su desenvolvimiento en sociedad. En especial, todas las declaraciones que se refieren al tema de los derechos humanos recogen a este principalísimo fundamento, reflejo inmediato del Estado de Derecho, democrático y con determinación social” (BORREGO, Carmelo, *La Constitución y el Proceso Penal*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002, p. 90).

Ahora bien, es menester resaltar que si bien el derecho fundamental a la libertad personal es la regla general, no es menos cierto que el propio texto constitucional permite que el mismo pueda verse restringido en ciertos supuestos excepcionales, como lo son los establecidos –taxativamente– en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha norma establece:

“Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso (...).”

(Subrayado del presente fallo).

Esta Sala reitera (ver sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero), que del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

“...1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.

2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in flagranti*.

3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.”...

Dicha disposición normativa establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas (sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero).

Debe resaltarse que tal orden judicial constituye una garantía ineludible a los efectos de la salvaguarda del mencionado derecho fundamental. El fundamento de ello estriba, como bien lo alega la parte recurrente, en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal).

La manifestación más importante de las mencionadas excepciones consagradas en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ve materializada fundamentalmente, dentro del proceso penal, en el instituto de la privación judicial preventiva de libertad –o prisión provisional- regulada en el artículo 250 de la ley adjetiva penal, siendo ésta la provisión cautelar más extrema a que hace referencia la legislación adjetiva penal, tanto a nivel internacional, en los distintos pactos sobre derechos humanos que regulan la materia, como a nivel interno, siendo este el caso del *Código Orgánico Procesal Penal* (sentencia N° 2.426/2001, del 27 de noviembre, de esta Sala), de allí que resulte válido afirmar que la institución de la privación judicial preventiva de libertad, denota la existencia de una tensión entre el derecho a la libertad personal y la necesidad irrenunciable de una persecución penal efectiva.

En este orden de ideas, y como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español, la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 47/2000, del 17 de febrero). Ahora bien, debe afirmarse que el hecho de que la medida de coerción personal antes mencionada posea, en principio, un contenido material que coincide con el de las penas privativas de libertad, no implica que ella persiga el mismo fin de tales sanciones, es decir, no puede concebirse como una pena anticipada, toda vez que la misma recae sobre ciudadanos que se ven amparados por el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49.2 Constitucional y en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, cristalizándose así el principio *indubio pro libertate*.

Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido al respecto lo siguiente:

“...La penalización pronta y adecuada de los delitos más graves no sería posible en muchos casos, si a las autoridades encargadas de la persecución penal les estuviere prohibido, sin excepción, detener y mantener en prisión a los presuntos autores hasta que se dicte la sentencia. Otra cosa es que la plena restricción de la libertad personal, mediante la confinación a un establecimiento carcelario, sea una sanción, que el Estado de Derecho, en

principio, permite imponer sólo a quien ha sido juzgado por una actuación sancionada penalmente. Este tipo de medidas, en contra de una persona acusada de haber cometido un delito, son admisibles sólo en casos excepcionalmente limitados. De esto se origina que respecto de la presunción fundamental de inocencia, se excluyan las acusaciones graves en contra del inculpado, permitiendo la imposición anticipada de medidas que por sus efectos se equiparan a la pena privativa de libertad...". (Cfr. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Compilación de sentencias por Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer Stiftung – Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003, p. 94).

Debe reiterar esta Sala que el interés no sólo de la víctima, sino de todo el colectivo en que las finalidades del proceso penal sean cumplidas, encuentra un límite tajante en el derecho del procesado a presumirse inocente hasta tanto exista la plena certeza procesal de su culpabilidad. En el proceso penal, esta garantía se hace extrema ante la desproporcionalidad de la fuerza del aparato estatal frente al individuo, la funesta posibilidad de fallo injusto que pueda implicar equívocos y, sobre todo, el reconocimiento de encontrar en la acción delictiva una eventualidad que, de suyo, no se reconoce como normal y deseable en una sociedad civilizada regida por la justicia. Sin embargo, la protección de los derechos del imputado a la libertad y a ser tratado como inocente mientras no se establezca de manera plena su culpabilidad, tampoco puede significar el absoluto abandono de los mecanismos cautelares destinados a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultados (sentencia N° 2.426/2001, del 27 de noviembre, de esta Sala).

Al aparato policial del Estado, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda dos labores básicas, que son: 1.- Intervenir como sujeto accesorio en el proceso penal, a los fines de realizar, bajo la dirección del Ministerio Público, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes (Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, junto a los órganos con competencia especial y los órganos de apoyo a la investigación penal); 2.- Realizar funciones de policía administrativa, a los fines del mantenimiento de la seguridad ciudadana. Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República.

De lo anterior se colige, que sin órganos de policía el sistema de justicia estaría Incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones, por ejemplo, cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas infringen la ley (aprehensiones en flagrancia), o cuando se esfuerzan en llevar a cabo la investigación criminalística en el proceso penal (práctica de detenciones preventivas ordenadas por el Juez), implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos y la ejecución de la actividad de investigación criminal) y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes (sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero). El Texto Constitucional, en su artículo 253, reconoce el carácter de los órganos policiales como miembros del sistema de justicia:

“Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio" (Subrayado de la Sala).

Precisado lo anterior, debe señalarse que las privaciones a la libertad personal autorizadas por el Texto Constitucional pueden ser de dos clases: 1.- Como sanción (presidio, prisión o arresto, según el Código Penal venezolano); y 2.- Como medida preventiva (la orden de captura emitida por el juez, la privación judicial preventiva de libertad y la flagrancia).

Sobre este particular, esta Sala ha establecido lo siguiente:

"...En realidad las detenciones, si se observa con el debido detenimiento, sólo pueden venir justificadas por la existencia de una sanción o la posibilidad de imponerla. No existe posibilidad de detenciones si no hay la comisión de un hecho punible (respecto del cual se haya capturado *in fraganti* a una persona o se sospeche su culpabilidad). No tienen cabida, pues, las detenciones –ni judiciales ni administrativas- en las que no haya hecho punible (previsto en ley nacional) que imputar, quedando a salvo, por supuesto, el poder disciplinario de los Jueces, que no es parte de su función jurisdiccional, que encuentra su fundamento en la necesidad de ordenar adecuadamente el desarrollo de la actividad procesal.

De esta manera, aunque existen dos razones por las que una persona puede estar detenida (porque ha sido ya sancionada con esa medida o porque está camino de ser procesado o siendo ya objeto del enjuiciamiento) en realidad la segunda está relacionada con la primera: *si no hay posibilidad de sanción (como medida definitiva) no hay posibilidad de detención provisional, por más breve que ésta sea* (sentencias 1.212/2004, del 23 de junio; y 130/2006, del 1 de febrero)...".

En el caso de autos, y siguiendo el criterio anteriormente expuesto, debe esta Sala precisar que a los cuerpos policiales del Estado Lara (y los de cualquier entidad federal o municipio; ni siquiera a través de sus Gobernadores o Alcaldes) les está vedado aplicar la medida de arresto como sanción definitiva. Debe aclararse que sólo podrán hacerlo en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagrancia o cuando medie una orden judicial.

En esos casos, tal como se señaló *supra*, su tarea se limita a conducir a la persona aprehendida ante el Ministerio Público (aprehensión en flagrancia) o ante el juez (orden judicial). Son órganos del sistema de justicia; nunca –como se pretende en el caso del Código impugnado- la justicia misma.

El Código de Policía del Estado Lara tipifica en varios de sus enunciados conductas constitutivas de infracciones administrativas, cuya realización por parte de los ciudadanos acarrea como consecuencia jurídica, alternativamente, la imposición de penas de multa o de penas privativas de la libertad ambulatoria (arresto), como es el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 54, 56, 57, 58, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 93, 95, 108, 142, 151, 153, 158, 197, 198, 199, 200 y 203.

En tal sentido, de tales enunciados normativos pueden extraerse a su vez varias proposiciones o normas (este punto será desarrollado *infra*, cuando se aborde el estudio de la teoría de la norma jurídica). Por ejemplo, el artículo 36 de la mencionada ley estatal dispone lo siguiente:

“Artículo 36°- Se prohíbe conducir semovientes por las vías públicas sin la debida precaución, siendo necesario su traslado en transportes especiales. Los Contraventores serán sancionados con multas de cien a quinientos bolívares o arresto proporcional”.

Entonces, se evidencia que el anterior enunciado da pie a dos proposiciones o lecturas diferentes:

(1) La autoridad impondrá la pena multa de cien a quinientos bolívares, a todos aquellos que conduzcan semovientes por las vías públicas sin la debida precaución.

(2) La autoridad impondrá la pena de arresto proporcional a una multa de cien a quinientos bolívares, a todos aquellos que conduzcan semovientes por las vías públicas sin la debida precaución.

Con base en el anterior ejemplo, se evidencia que en el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 54, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único; 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 95, 108, 142, 151, 153, 158, 197, 198, 199, 200, y 203 del Código de Policía del Estado Lara, existe una inconstitucionalidad sobrevenida que recae sobre la parte o proposición que obliga a los órganos administrativos a aplicar una pena de arresto proporcional a los infractores, siendo que tal posibilidad está proscrita por el texto del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De igual forma, esta Sala ha constatado que los artículos 49, 50, 51, 93, 167, 186 y 191 de esa ley estatal, establecen la pena de arresto como única sanción en caso de verificación de la hipótesis tipificada, por lo cual, esta últimas siete (7) normas son contrarias, en la totalidad de su contenido (a diferencia de las anteriores, que sólo lo son parcialmente) al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44 del Texto Constitucional.

....Es decir, en una ley estatal se impone el deber a una autoridad administrativa de imponer arrestos con carácter de sanciones definitivas, olvidándose de que constitucional y legalmente sólo corresponde al Poder Judicial el enjuiciamiento de la persona que ha cometido el hecho punible y la imposición de la pena, así como también la potestad de aplicar la privación de libertad como medida cautelar –reserva judicial–; mientras que por el contrario la Administración (de cualquier entidad territorial) sólo tiene la posibilidad de colaborar con el Sistema de Justicia. Los Estados no pueden, en consecuencia, ni dictar normas penales ni autorizar a sus cuerpos administrativos a que impongan penas de arresto.

En consecuencia, la Sala observa que las normas impugnadas son contrarias al Texto Constitucional, toda vez que la posibilidad de que la Administración pueda limitar la libertad personal o ambulatoria a través de la aplicación del arresto como sanción definitiva, no encuadra en el supuesto de la flagrancia ni de la orden judicial.

Por lo tanto, la normativa impugnada viola el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Inviolabilidad del hogar domestico*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la G.O. del Estado Lara Ext. del 30-4-1976.

El allanamiento, en primer lugar, constituye una diligencia propia de la investigación penal que debe ser regulada necesariamente en una ley nacional, ya que siempre está vinculada a un proceso judicial de naturaleza penal, y por ende se encuentra cubierta por la reserva legal en materia de procedimientos establecida en el artículo 156.32 del Texto Constitucional; y en segundo lugar, debe requerir siempre una autorización emitida por un Juez (ver artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal), toda vez que a través de dicha diligencia se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 47 de la Constitución .

La parte actora también denunció la inconstitucionalidad de los artículos 204 y 205 del mencionado Código de Policía, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 204º- En las casas de habitaciones particulares y en sus dependencias no podrán entrar los empleados de policía en su carácter de tales, sino con las formalidades que se determinen en las Leyes relativas al allanamiento del hogar doméstico. No se reputan casas particulares para los efectos de este Artículo:

- a) Las casas de juego de cualquier clase.
- b) Las tabernas, botillerías u otros establecimientos que expendan licores al por menor.
- c) Las casas habitadas por prostitutas.
- d) Las casas particulares en que se efectúen habitualmente juegos de envite y azar.
- e) Los patios, corredores pasajes de las casas llamadas de vecindad.

Artículo 205º- Los Jefes de Policía pueden entrar y permitir la entrada de personas en las casas particulares sin necesidad de pedir permiso en los casos siguientes:

1º) Cuando ocurriere en la casa incendio o inundación repentina, y se advierte que motivados a descargas eléctricas, gases del carbón u otras cosas, ha habido muertos o heridos en sus habitaciones.

2º) Cuando se oigan voces dentro de la casa que anuncien estarse cometiendo un delito, como robo, asesinato o violación o estar por otra causa o daño grave alguna persona en riesgo inmediato de perder la vida.

3º) Cuando se denuncia por uno o más testigos haber visto personas que han asaltado una habitando, introduciéndose en ella (*sic*) por medio (*sic*) irregulares, con indicio manifiesto de que se va a cometer algún delito.

4º) Cuando en la casa se introduzca un reo, o una persona sindicada de delito de homicidio, heridas, graves o robo, a quien se persigue para su aprehensión.

5º) Cuando persiguiendo a un perro rabioso o cualquier otro animal feroz se introduzca éste en la casa.

6º) Cuando dentro de las casas de habitación existan focos e infección y de ellos se tuviere denuncia.

7º) En cumplimiento de órdenes de las Autoridades Judiciales.

Parágrafo Único: Los funcionarios judiciales o las autoridades sanitarias podrán entrar a todos los domicilios en ejercicio de sus funciones, a las horas reglamentarias, en los casos estrictamente autorizados por la Ley”.

De la lectura del artículo 204 del Código de Policía del Estado Lara, esta Sala observa que el mismo faculta a los órganos de policía a ingresar en moradas y establecimientos particulares, sin necesidad de orden judicial, en los supuestos comprendidos entre la letra a) y la letra e), en los cuales no se consideran como casas particulares, a los efectos de la prohibición contenida en dicho artículo, a los siguientes recintos: 1.- Las casas de juego de cualquier clase; 2.- Las tabernas, botillerías u otros establecimientos que expendan licores al por menor; 3.- Las casas habitadas por prostitutas; 4.- Las casas particulares en que se efectúen habitualmente juegos de envite y azar; y 5.- Los patios, corredores pasajes de las casas llamadas de vecindad.

En virtud de tal facultad, los órganos policiales pueden llevar a cabo allanamientos sin requerir una orden judicial. Ahora bien, el allanamiento, en primer lugar, constituye una diligencia propia de la investigación penal que debe ser regulada necesariamente en una ley nacional, ya que siempre está vinculada a un proceso judicial de naturaleza penal, y por ende se encuentra arropada por la reserva legal en materia de procedimientos establecida en el artículo 156.32 del Texto Constitucional; y en segundo lugar, debe requerir siempre una autorización emitida por un Juez (ver artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal), toda vez que a través de dicha diligencia se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser reproducidos, parcialmente, con relación a los ordinales 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 205, toda vez que en ellos se faculta a las autoridades de policía a acceder y permitir el acceso a casas particulares, sin necesidad de una orden judicial. Ahora bien, tal acceso a las moradas, aun y cuando se trate de los supuestos contenidos en los ordinales 2, 3 y 4, los cuales son equiparables a los dos (2) supuestos excepcionales previstos en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, que permiten el allanamiento de una morada sin necesidad de orden judicial, deben ser autorizados y regulados por una ley nacional (como de hecho lo hace la mencionada ley adjetiva penal), toda vez que tales supuestos están vinculados, necesariamente, a una actuación administrativa que limita la inviolabilidad del domicilio y que siempre estará ligada a un hecho punible objeto de un proceso penal, siendo que los mismos escapan del ámbito de la legislación estatal. En los supuestos contenidos en el ordinal 6 y en el párrafo único, se requiere, además de la ley nacional que confiera la facultad del acceso a la casa particular, una orden dictada por un Juez, todo ello de conformidad con una interpretación estricta del artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –ya que se está limitando un derecho fundamental-. Por último, el supuesto regulado en el ordinal 7 también debe ser regulado por una ley nacional, toda vez que se trata, tal como el mismo lo señala, de una actuación ordenada por una autoridad judicial en el marco de un proceso penal.

Por otra parte, esta Sala considera que los ordinales 1 y 5 del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara no son contrarios al artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, dichos ordinales establecen, respectivamente, la facultad de la Autoridad de entrar en las casas particulares sin necesidad de pedir permiso en los siguientes casos: a) Cuando ocurriere -en la casa- un incendio o una inundación repentina, y se advierta que motivados a descargas eléctricas, gases del carbón u otras cosas, ha habido muertos o heridos en sus habitaciones; y b) Cuando persiguiendo a un perro rabioso o cualquier otro animal feroz se introduzca éste en la casa.

En estos casos existe una inminente situación de peligro, en la cual exigir una orden judicial permitiría la materialización del daño inminente cuya producción se pretende evitar. A mayor abundamiento, en los supuestos contenidos en los ordinales 1 y 5 del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara se genera un conflicto de intereses (*inviolabilidad del*

hogar doméstico frente a la *vida* y la *integridad física*), en virtud del cual debe efectuarse un juicio de ponderación, siendo que el resultado de dicha ponderación no es otro que la limitación del derecho fundamental a la *inviolabilidad del hogar doméstico* consagrado en el artículo 47 de la Constitución, para darle preminencia a los bienes jurídicos *vida* (artículo 43 *eiusdem*) e *integridad física* (artículo 46 *eiusdem*) de las personas que se encuentren en los supuestos antes descritos, claro está, todo ello con base en los principios de **idoneidad** (el medio es evidentemente eficaz para alcanzar el fin previsto), **necesidad** (dentro de varios medios igualmente eficaces, el que ha escogido el legislador estatal es el menos dañoso para el interés en conflicto) y **proporcionalidad** (el medio a utilizar está justificado por la protección de un bien jurídico de igual y de hasta mayor importancia que el afectado). Siendo así, será lícito el proceder de la autoridad que se realice con base en tales ordinales. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala observa que el artículo 204, y los ordinales 2, 3, 4, 6, 7 y el párrafo único, todos del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara, son contrarios al derecho a la inviolabilidad del domicilio y al principio de legalidad de las formas procesales, estando consagrados ambos en los artículos 47 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente, y así se declara.

4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política: Referendos Revocatorios*

TSJ-SC (1399)

4-7-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Recurso de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala señala quienes deben cubrir las faltas absolutas de los legisladores de los Consejos Legislativos y de los Alcaldes cuando es revocado sus mandatos. También determina si los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato pueden presentarse como candidatos en las próximas elecciones para ser reelegidos inmediatamente para un nuevo período.

La presente solicitud tiene por objeto la interpretación de la disposición contenida en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativa a la posibilidad de convocar referendos revocatorios, por las razones que previamente se han expuesto, solicitud que encuadra en los supuestos acogidos por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.

Asimismo, aprecia la Sala que los peticionantes plantean la resolución de una duda surgida con ocasión de una norma constitucional vigente que carece de desarrollo legislativo, como es el caso de la revocatoria del mandato de cargos de elección popular, que representa una de las novedades de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“**Artículo 72.** Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

El precepto transcrito contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, que incluye a los alcaldes, los legisladores de los consejos legislativos, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, al disponer que *“todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”*.

Es menester señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de *“...refundar la República para establecer una sociedad democrática participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”*, y el artículo 2, define al Estado Venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, *“que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”*, principios constitucionales que se conciben en el Texto Fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así pues, se evidencia que el Texto Fundamental acoge el principio de la participación, cuyo contenido reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. De esta forma la Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan a los ciudadanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida republicana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica. Tal y como lo estableció esta Sala en sentencia N° 1139 del 5 de junio de 2002, caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*

*“...el derecho de participación en los asuntos públicos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de los representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estatal o municipal–, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad (Cfr. RONDÓN DE SAN SO, Hildegard, *Ad imis fundamentis*, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas. Caracas, 2000).*

En este orden de ideas, dentro de las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, se encuentra la revocatoria del mandato como instrumento político de

participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario”.

No obstante, constituye un hecho notorio que aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

En primer lugar, resulta claro que la revocatoria del mandato, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, de tal forma que, si el referendo arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocatoria del mandato, el artículo 72 de la Constitución establece expresamente que “*se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes*”. Así, la referida disposición constitucional instituye dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de *referéndum* de todos los cargos y magistraturas de elección popular produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Establecido lo anterior, esta Sala observa que, con respecto a la duda referida a la forma de suplir las vacantes producidas por las eventuales revocatorias del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que “*...Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirá por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...)* La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo”.

Por su parte, con respecto a los concejales, el artículo 175 *eiusdem* establece que “*La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley*”. Ahora bien, el sistema electoral, entendido como “el conjunto de procedimientos mediante los cuales los votos expresados por los electores determinan la atribución de los escaños o puesto a cubrir” (MOLAS BATLLORI, I; “Sistema electoral” en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Coord. Manuel Reyes Aragón, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 196), se encuentra regulado por un conjunto de normas que desarrollan el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos.

Así pues, el sistema electoral es materia constitucional, por cuanto en él se determina la composición de los órganos representativos del Estado, ya que, mediante las elecciones, la voluntad política de los ciudadanos se transforma en posiciones de poder estatal que determinan, en sus rasgos esenciales, la dirección política del Estado. En tal sentido, el Texto Fundamental consagra como principio constitucional que debe garantizar la ley electoral, la personalización del sufragio y la representación proporcional. Ahora bien, el sistema electoral para elegir a los representantes a los cuerpos deliberantes, se encuentra previsto en el artículo 12 de la vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual dispone que:

“**Artículo 12.** El sistema electoral para escoger Diputados al Congreso de la República, Diputados a las Asambleas Legislativas y Concejales es el proporcional personalizado.

En cada entidad federal, se dividirá entre dos (2) el número de Diputados a elegir. El número entero o el menor más próximo al resultado de esta división corresponderán a los Diputados a ser electos en forma nominal, el resto se elegirá por lista, según el principio de la representación proporcional.

Para la elección de Concejales se determinarán igualmente circunscripciones electorales en cada Municipio, de acuerdo a la siguiente relación: sesenta y seis por ciento (66%) de los cargos se elegirán de forma nominal y el treinta y cuatro por ciento (34%) e los cargos se elegirán de acuerdo a la aplicación del principio de la representación proporcional”.

Así pues, de acuerdo con la ley electoral y conforme a lo ordenado por el Texto Constitucional, los ciudadanos, en virtud de la conjunción entre las dos formas de candidaturas (nominal y por lista), toman dos decisiones con dos votos. Con uno elige a una lista postulada por un partido y, con el otro, escogen a los postulados a los cargos nominales correspondientes a su circunscripción. En el caso de los candidatos postulados nominalmente, cada organización política postula tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos, y resultarán electos los que reciban la mayoría de los votos en la circunscripción (cardinales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política). En el caso de los candidatos postulados por lista, cada partido presentará una lista que contenga hasta el triple de los puestos a elegir por esta vía, el número de escaños que corresponde a cada lista, se adjudica, proporcionalmente, al número de votos obtenido por cada agrupación política o alianza electoral, según el método de cocientes electorales establecido en el artículo 16 *eiusdem*, los cuales serán adjudicados siguiendo el orden de las listas correspondientes; y una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de la lista, tal como lo prevé el artículo 15 *idem*.

Establecido lo anterior, resulta claro que en caso de producirse la falta absoluta en virtud de la revocatoria del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados o de concejales o de los miembros de las juntas parroquiales, dichas falta será cubierta por sus respectivos suplentes en el orden en que resultaron elegidos en los correspondientes comicios, y así se declara.

Con respecto a las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los alcaldes, tenemos que el cuarto aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que “*Cuando la ausencia absoluta se deba a la revocatoria del mandato por el ejercicio del derecho político de los electores, se procederá de la manera que establezca la ley nacional que desarrolle esos derechos constitucionales*”. Sin embargo, tal como se señaló *supra*, aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la cual hace referencia la norma legal transcrita.

Ello así, constatada la ausencia de norma legal expresa para resolver la falta absoluta producida por la revocatoria del mandato de los alcaldes, y en aras de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, esta Sala estima necesario pronunciarse al respecto, para lo cual debe recurrir a la integración del Derecho, específicamente a uno de los métodos, a saber, la autointegración.

Con relación a tal labor integradora, esta Sala en su decisión N° 3027 del 14 de octubre de 2005, caso: *César Armando Caldera Oropeza*, precisó lo siguiente:

“A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 257-258).

Como lo señala ese autor, ‘si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí.

Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’ [al menos en ese sentido]. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos ‘interpretativos’ en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley’ (*Ibidem*, pp. 359-360).’

Según ‘Bobbio, ‘Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de heterointegración y de auto-integración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante’ (Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, p. 242)”.

En el presente caso, la Sala se limitará a realizar una expresa labor de autointegración del Derecho, ante la ausencia de regulación expresa y específica para cubrir las faltas absolutas de los alcaldes en el supuesto que ésta se produzca a consecuencia de la revocatoria popular de su mandato.

En efecto, el tercer aparte del propio artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal prevé la solución general en caso de faltas absolutas producidas cuando ha transcurrido más de la mitad del período, la cual coincide con el supuesto del referendo revocatorio del mandato, en virtud de que éste, conforme al artículo 72 de la Constitución, sólo se puede solicitar una vez transcurrido la mitad del respectivo período.

En tal sentido, la referida norma establece que “*Cuando la falta absoluta se produjere transcurrida más de la mitad del período legal, el Concejo Municipal designará a uno de sus integrantes para que ejerza el cargo vacante de alcalde o alcaldesa por lo que resta del período municipal...*”.

Así pues, en caso de resultar revocado el mandato de los alcaldes, mientras que no se promulgue la legislación que regule específicamente la materia, deberá aplicarse lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y, en

consecuencia, la falta producida deberá ser cubierta por el concejal designado por el concejo municipal respectivo, quien ejercerá el cargo por el resto del período, y mientras se designa éste, estará encargado de la alcaldía el Presidente del Concejo Municipal tal como lo prevé el *in fine* del aludido precepto legal. Así se decide.

Con respecto a la posibilidad de que los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato puedan presentarse como candidatos en la próximas elecciones para ser reelegidos inmediatamente para un nuevo período, esta Sala advierte que es necesario diferenciar el régimen aplicable a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, de aquel aplicable a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales.

En efecto, con respecto a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que “...*Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...) La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo*”. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados establece lo siguiente:

“**Artículo 4.** Las condiciones de elegibilidad e inelegibilidad de los legisladores y legisladoras a los Consejos Legislativos de los Estados son las mismas establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional”.

El precepto legal transcrito remite al régimen de elegibilidad de los legisladores a los consejos legislativo a lo previsto en el Texto Constitucional con respecto a los diputados a la Asamblea Nacional. Al efecto, la *Norma Normarum* prevé para los diputados que les fuere revocado el mandato, una situación de inelegibilidad temporal para optar a cargos de elección popular para el siguiente período. Así, el artículo 198 de la Constitución establece que “*El diputado o diputada a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período*”.

Resulta claro entonces que, al remitir la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados al Texto Fundamental, a fin de asimilar el régimen de los legisladores al de los diputados a la Asamblea Nacional, la situación de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución resulta aplicable a legisladores de los consejos legislativos. En consecuencia, los legisladores cuyo mandato resultare revocado no podrán postularse para cualquier otro cargo de elección popular en el período siguiente.

Con respecto a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales, y la eventual aplicación de la causal de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución, la Sala juzga que tal posibilidad constituiría una limitación al ejercicio del derecho a la participación política de dichos funcionarios, en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna, el cual textualmente dispone:

“Artículo 67.

(...)

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. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Además de lo antes dicho, tal restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y resulta pertinente señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Dicha Convención, en su artículo 30, dispone lo siguiente:

“Artículo 30. Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En concordancia con lo antes señalado, las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.

Así las cosas, dado que la Constitución ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, ni la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala la revocatoria popular del mandato como causal de inhabilitación para ejercerlo, debe entenderse, por argumento *a contrario*, que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es aplicable respecto de los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, y así se decide.

Por último, con respecto a que si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, se debe considerar que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas, esta Sala observa que el artículo 72 de la constitución prevé la mitad del período para el cual fue elegido el funcionarios, como la oportunidad para solicitar la convocatoria del referendo revocatorio de su mandato.

Ello así, y en consideración a que la revocatoria del mandato produce la falta absoluta del alcalde revocado, como se indicó, la solución que esta Sala considera aplicable es la prevista en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual prevé la designación de quien ejercerá el cargo vacante por lo que resta del período. En consecuencia, no se daría inicio a un nuevo período sino a la culminación de aquel que venía ejerciendo el funcionario revocado.

Igual circunstancia opera en el caso de los legisladores a los consejos legislativos de los estados, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, ya que las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los funcionarios principales serían llenadas por sus respectivos suplentes, los cuales terminarían el periodo iniciado por los funcionarios revocados. Así se decide.

Con fundamento en las razones expuesta esta Sala Constitucional declara resuelta la solicitud de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, planteado por el Consejo Nacional Electoral.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Competencias del Poder Público Nacional: Legislación en general

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4-1976.

....Por último, la parte recurrente alegó la inconstitucionalidad de los artículos 42, 61, 74, 81, 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara, que establecen lo siguiente:

“Artículo 42°- Las jabonerías, curtiembres, peleterías, fosforecías, y toda industria cuyo ejercicio produzca miasmas, gases mal olientes o nocivos, se establecerán fuera de la zona urbana, en sitios indicados por las Autoridades Municipales, o que dispongan las Ordenanzas, o en su defecto por la Policía, asesorada por las Autoridades Sanitarias, o en su defecto por dictamen facultativo, los controventores (*sic*) se penarán con multa de mil a cinco mil bolívares”.

“Artículo 61°- Las casas de prostitución, serán siempre franqueadas a los empleados de sanidad y a los médicos con carácter oficial para que practiquen Inspecciones que la higiene requiere”.

“Artículo 74°- Los dueños de terrenos no construidos, situados en áreas urbanas, deberán mantenerlos limpios, cercados y convenientemente desmontados. Queda terminantemente prohibido destinar terrenos ubicados en las zonas urbanas para la explotación agrícola. Los que faltaren a esta disposición serán penados con multa de cien a mil bolívares, por cada caso de infracción”.

“Artículo 81°- Se prohíbe la instalación de fábricas, casas, edificios y construcciones en zonas donde quedan afectadas las fuentes fluviales y pureza atmosférica. Los infractores a estas disposiciones serán penados con multa de doscientos a dos mil bolívares o arresto proporcional y a la demolición de lo construido según el caso”.

“Artículo 196°- Cuando una persona natural o jurídica que se encuentre en posesión manifiesta de una cosa, ocurra al Prefecto del distrito o Municipio, por sí o por medio del representante legal, denunciando que ha sido despojado que se intente despojarla de ella, el funcionario Policial dictará a continuación auto en cual ordenará la citación del querellado para que comparezca el día hábil siguiente después de citado, con indicación de la hora y a oponer las defensas que tenga. Si la denuncia resulta suficientemente fundada, acordará provisionalmente el amparo hasta resolver definitivamente. En la boleta de citación se expresará suscintamente (*sic*) el contenido de la solicitud. En el acto de contestación el funcionario policial procurará la conciliación, y de no lograrse ésta, quedará abierto a pruebas el procedimiento por el término de cuatro días hábiles, durante los cuales las partes puedan promover o evacuar cualquier tipo de pruebas, debiendo el funcionario policial dictar su decisión el segundo día hábil después de concluido el término de pruebas. De dicha decisión se oírá apelación por ante el Gobernador del Estado, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha del decreto de amparo”.

“Artículo 197°- Si notificados el querellado de la decisión del Prefecto, de respetar la tenencia del querellante o notificado el querellante de la obligación de entregar la cosa objeto de la tenencia, y se desatatare la orden Policial, mostrándose en rebeldía, la autoridad de Policía impondrá multa de cien a quinientos bolívares o arresto proporcional”.

“Artículo 198°- El que estando amparado en su posesión o mandato judicial y fuere de nuevo perturbado o despojado, ocurrirá al Prefecto del Distrito o Alcalde del Municipio respectivo para que haga respetar el mandato Judicial, imponiendo multa de cien a mil bolívares o arresto proporcional. En caso de reincidencia se aumentará al doble la sanción. En todo caso se hará cumplir la orden o mandatos decretados por la autoridad competente”.

Con relación a los artículos 42, 74, 81, esta Sala observa que existe una antinomia entre el contenido de éstos y el artículo 156.19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -aun y cuando la parte actora no lo haya denunciado-, toda vez que a través de aquéllos regulan una materia que en la Constitución vigente está exclusivamente reservada al poder público nacional, como es la legislación sobre ordenación urbanística.

Dicha norma constitucional establece lo siguiente:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística (Subrayado del presente fallo).

De igual forma, también ha detectado esta Sala una antinomia entre el artículo 61 de dicho código de policía, y el artículo 156.23 del actual Texto Constitucional, ya que aquél establece una norma en materia sanitaria aplicable en el ámbito de las casas de prostitución (inspecciones de médicos y empleados de sanidad con fines de higiene), siendo que actualmente esta materia, en virtud de la norma constitucional antes mencionada, también se encuentra reservada al órgano legislativo nacional, al establecer la misma que es una competencia del Poder Público Nacional "*Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio*" (Subrayado del presente fallo).

Es decir, los artículos 42, 61, 74 y 81 de esa ley estatal, si bien no lesionan el principio de legalidad de los procedimientos –a que no son normas adjetivas-, sí violan la reserva legal en otros aspectos, como lo son en materia de ordenación urbanística y de sanidad.

Por otra parte, también se evidencia una contradicción entre los artículos 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara, y el artículo 156.32 de la Constitución de la República de Venezuela, al contemplar el amparo policial como mecanismo para la protección de la posesión, siendo que esta materia es de índole civil, y por ende también es de exclusiva reserva del legislador nacional.

Dicha norma constitucional establece:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional...”.

Así, se observa que los artículos 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara violan el Texto Constitucional, específicamente, en lo que se refiere a la reserva legal en materia civil y en la de procedimientos, ello en virtud de que establecen la regulación de mecanismos de protección de la posesión, la cual corresponde necesaria y exclusivamente a

la legislación nacional, específicamente la civil, tanto sustantiva, a través de las acciones posesorias contempladas en los artículos 782, 783, 785 y 786 del Código Civil (interdictos de amparo, restitutorio, de obra nueva y de obra vieja), así como también adjetiva, mediante los procedimientos especiales relativos a los interdictos, los cuales deben ser ventilados ante un órgano del Poder Judicial (artículos 697 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y no ante una autoridad administrativa.

Sobre estos tres aspectos, debe esta Sala reiterar, que en los artículos 136 y 137 *eiusdem*, se establece que cada una de las entidades político-territoriales que integran la federación venezolana, tienen sus funciones propias, definidas por la Constitución y las leyes, actuando las mismas dentro de los ámbitos permitidos a los órganos que ejercen el poder público en sus respectivas jurisdicciones. En el caso de los estados, los límites para el ejercicio de sus competencias están definidos por los artículos 162 y 164 de la Carta Magna.

Sobre este particular, esta Sala, en sentencia N° 720/2006, del 5 de abril, estableció lo siguiente:

“...De igual manera, la distribución de funciones establecida en las normas constitucionales señaladas, prohíbe que uno de los entes políticos territoriales que ejerce el poder público, pueda establecer regulaciones o actuar en los ámbitos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela haya reservado a otros entes, por tanto, cualquier violación a este principio constitucional ocasiona que la norma sea contraria a la Carta Fundamental y, en consecuencia nula.

De allí que, la Constitución y las leyes, además de exigir la competencia del órgano y del funcionario que dicte el acto, requieren que el mismo se produzca conforme a unas formas determinadas o de acuerdo a un proceso específico a objeto de proteger los intereses generales y garantizar los derechos de todos los administrados, con lo cual se concluye que, la función pública en modo alguno puede ser ejercida de manera arbitraria, sino que está limitada por la Constitución y las leyes.

Conforme a lo anterior, cuando el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que ‘*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional*’, significa que cada ente político territorial del poder público, tiene competencia para dictar sus leyes y actos dentro de los límites de los respectivos territorios que le asignan la Constitución y las leyes, y dependiendo de las materias que cada uno de ellos esté llamado a regular.

Con tal manifestación -como ya se indicó-, la Constitución no hace otra cosa que consagrar un elemento esencial del Derecho Público, como lo es el principio de la competencia de los funcionarios y de los órganos públicos, precepto según el cual todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que ésta sólo puede hacer lo que la ley le permite, de allí que, la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio.

Resulta claro entonces, que los estados son favorecidos constitucionalmente por el principio de autonomía para ‘*Legislar sobre las materias de la competencia estatal*’, sin embargo, debe entenderse que tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4 del Texto Fundamental, dispone que ‘*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución (...)*’.

Con base en los anteriores criterios, es claro a todas luces que existe una antinomia entre los artículos 42, 61, 74 81, 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara y el vigente Texto Constitucional, en razón de que a través de aquéllos se lleva a cabo, en una ley estatal, la regulación de materias que en la Constitución de 1999 están reservadas a la Asamblea Nacional, como lo son la legislación sobre ordenación urbanística (artículos 42, 74 y 81), la

materia de salubridad pública (artículo 61, referido al control sanitario de casas de prostitución), así como también a la materia de protección de la posesión, la cual corresponde a la legislación civil, tanto sustantiva como adjetiva (artículos 196, 197 y 198). Así se declara.

2. *El Poder Ejecutivo Nacional*

A. *El régimen de la Administración Pública: Derecho administrativo sancionador*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30-4-1976.

Unas de las sanciones típicas del Derecho Administrativo Sancionador son la multa y la amonestación la previsión de las mismas no constituye una de las materias que han sido sometidas a la reserva legal del legislador nacional en el artículo 156.32 del Texto Constitucional, y por lo tanto, nada obsta a que un órgano legislativo estatal pueda establecerlas a través de un Código de Policía.

En segundo lugar, la representación de la Defensoría del Pueblo alega la inconstitucionalidad de las multas y las amonestaciones previstas en la normativa del Código de Policía del Estado Lara, en virtud de que la previsión de tales sanciones por parte del legislador estatal, a su entender, constituye una vulneración de los artículos 49.6 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de que aquéllas sólo pueden establecerse a través de leyes formales dictadas por el órgano legislativo nacional. De esta forma, delató que tal vicio arroparía, en criterio de la parte actora, ente otros, a los artículos 39, 42, 43, 55, 74, 92, 103, 105, 146, 173, 183 y 195 del Código de Policía del Estado Lara, en cuanto establecen sanciones de multa; y al artículo 94 *eiusdem*, que establece la pena de amonestación.

Esta Sala no comparte tal argumento de la parte actora, toda vez que la multa y la amonestación constituyen unas de las sanciones típicas del Derecho Administrativo Sancionador. En tal sentido, debe reiterarse que el objeto de estudio y aplicación de esta rama del Derecho Administrativo, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública (ver sentencia N° 307/2001, del 6 de marzo). Lo anterior obedece a la necesidad de la Administración de contar con mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado, frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por ley (sentencia N° 307/2001, del 6 de marzo).

En virtud de tal dinamismo de la actividad administrativa, la previsión de las multas y las amonestaciones no constituye una de las materias que han sido sometidas a la reserva legal del legislador nacional en el artículo 156.32 del Texto Constitucional, y por lo tanto, nada obsta a que un órgano legislativo estatal –como en el presente caso– pueda establecerlas a través de un Código de Policía. Claro está, en virtud del principio de legalidad, el cual también tiene aplicación –aunque matizada– en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la multa y la amonestación siempre deberán estar previstas en una normativa de rango legal, aun y cuando ésta sea dictada por los órganos legislativos de los Estados o de los

Municipios; a diferencia del Derecho Penal, en el cual la previsión de los delitos y de las penas sí constituye una materia reservada al legislador nacional, según lo dispuesto en la mencionada norma constitucional.

En consecuencia, esta Sala estima que las normas que han sido establecidas en los artículos 39, 42, 43, 55, 74, 92, 94, 103, 105, 146, 173, 183 y 195 del Código de Policía del Estado Lara, a través de las cuales se prevén sanciones de multa y de amonestación, no son contrarias al principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así también se declara.

B. *Procuraduría General de la República*

a. *Consulta para la aprobación de contratos de interés nacional*

TSJ-SC (1460)

12-7-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Recurso de interpretación del artículo 247 de la Constitución y de los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República.

Por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, la Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República -como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada-, que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar -dicho carácter- reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental.

El presente recurso de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el alcance de las potestades y atribuciones que el primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece a favor de la Procuraduría General de la República.

Al respecto, este órgano jurisdiccional, en sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), manifestó su intención de explicar el sentido de la interpretación constitucional, en atención al postulado del artículo 335 de la Carta Magna, para lo cual interpretó la noción y alcance de su propia potestad interpretativa, señalando al respecto lo siguiente:

“...La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, París, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la

Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

(...)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad. Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 eiusdem prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación, y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (jurisprudencia obligatoria). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera jurisdatio, en la medida que se declara erga omnes y pro futuro (ex nunc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdatio es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función monofiláctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte de la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdicção y la jurisdatio y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdatio, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental...”.

Precisado lo anterior, esta Sala pasa a dilucidar, tal como le fue solicitado por la recurrente, el contenido del primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente lo relacionado con el carácter vinculante o no de la opinión que al efecto emita la Procuraduría General de la República, con ocasión de la consulta que se le formule para la aprobación de los contratos de interés público nacional. En tal sentido, la norma constitucional *in commento* establece que:

“Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.”

La ley orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento.” (Subrayado de esta Sala)

La Procuraduría General de la República es un órgano de carácter constitucional, adscrito a la Administración Pública Nacional Centralizada, cuya designación de su titular es competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República -previa aprobación de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada- (artículo 236, cardinal 15 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

La evolución de este órgano se ha dado principalmente en cuatro etapas: La primera, en la cual se consagra la figura del Procurador en textos de rango legal y que va desde su creación mediante el Decreto del 24 de julio de 1863 hasta la promulgación de la Constitución de 1901; una segunda etapa, en la que se le dio rango constitucional al Procurador General de la Nación (denominado así para esa época), y que va desde la Constitución de 1901 hasta 1945; un tercer período en el que se crea propiamente la Procuraduría General de la República y en la cual se le separa de la institución del Ministerio Público, la cual va desde la Constitución de 1947 hasta la de 1961 y, finalmente, la Constitución de 1961, en la cual la Procuraduría General de la República fue concebida -tal como hoy día en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- como un órgano de rango constitucional, distinto e independiente del Ministerio Público, que tiene a su cargo las funciones de asesoramiento y representación.

A partir de la disociación entre la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público y su definición como órgano constitucional, se dictó en 1965 la Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República, la cual desarrolló por primera vez las atribuciones como órgano asesor y defensor de los intereses patrimoniales de la República, dotado de privilegios y prerrogativas procesales que en definitiva facilitarían el efectivo ejercicio de las competencias constitucionales asignadas a dicho órgano.

En el marco de la nueva normativa constitucional introducida en Venezuela a partir del 31 de diciembre 1999, el Ejecutivo Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el cardinal 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en la letra a) del cardinal 6 del artículo 1 de la Ley N° 4 que autorizaba al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de Ley en las materias que le fueron delegadas por la Asamblea Nacional, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37-076 del 13 de noviembre de 2000, dictó el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001, a través del cual derogó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, creando mediante este nuevo instrumento normativo -según su Exposición de Motivos-, las bases legales indispensables para que la República pudiese contar y disponer con una institución especializada de alto nivel de eficacia en la defensa de sus derechos, bienes e intereses patrimoniales.

La Procuraduría General de la República, es el órgano encargado de asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional y de representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. Con relación a la primera de dichas funciones, cabe destacar que la Procuraduría se constituye en el principal órgano de consulta de la Administración Pública Nacional; de allí que la Ley Orgánica de la Administración Pública la prevea, en su artículo 45, como uno de los **órganos superiores de consulta** de la Administración Pública Central, el cual tiene como función principal asesorar a los órganos que integran a la misma, confiriéndole elementos de juicio que sirvan para la formación de su voluntad al momento de actuar o de adoptar una determinada decisión en un aspecto concreto de su actividad administrativa. Esta particularidad que posee la Procuraduría General de la República -de ser calificada como un órgano consultivo- la ubica dentro del ámbito de la Administración Consultiva, es decir, de aquellos órganos cuya actividad se encuentra circunscrita a emitir su opinión frente a los requerimientos que le sean efectuados por los

órganos de la Administración activa, pronunciamientos estos, que surgen en el marco de relaciones de carácter interorgánico. El pronunciamiento efectuado por estos órganos consultivos es denominado “*críterio*”, “*propuesta*” o “*dictamen*”, siendo este último la designación más común en el argot administrativo, para aludir a las decisiones emitidas por dichos órganos.

De acuerdo a las consideraciones esbozadas, y visto que el proceso hermenéutico debe guardar una estrecha vinculación con las normas y principios constitucionales, para de esta manera evitar una vulneración de los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional, esta Sala, dilucidando el sentido de la atribución contenida en el primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre el carácter vinculante o no de la opinión que emita la Procuraduría General de la República “...*para la aprobación de los contratos de interés público nacional...*”, estima que el constituyente al emplear el vocablo “*aprobación*”, lo refiere exclusivamente al acto administrativo que se dicta con posterioridad al dictamen, y que está dirigido a conferirle validez, perfeccionándolo, el cual por su naturaleza no puede ser opuesto a terceros ajenos a los propios órganos de la Administración.

Ahora bien, por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, esta Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República -como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada- que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar -dicho carácter- reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental; por lo tanto, en atención al principio de legalidad y a la naturaleza del órgano, es que se debe entender que si la norma no atribuye tal carácter no puede el órgano consultivo atribuírsela, lo que se traduce en que, una vez que la Procuraduría General de la República haya emitido su pronunciamiento, el órgano que hubiese solicitado su opinión, se encuentra en libertad de acoger o no el contenido del dictamen que a tal efecto emita; y así se declara.

Determinado como se encuentra el alcance del primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala advierte que la interpretación de autos se planteó en virtud de la opinión favorable que, el 3 de octubre de 2003, emitió la Procuraduría General de la República con ocasión del requerimiento hecho por el Ministerio de Finanzas en el caso del cobro de unas Notas Promisorias, presuntamente emitidas por el Banco de Desarrollo Agropecuario (BANDAGRO), cuyo pago fue demandado por la sociedad mercantil “*Gruppo Triad FFC SPA, S.A.*”, domiciliada en la ciudad de Panamá, en su condición de tenedora de dichos títulos.

Ahora bien, el planteamiento de fondo que subyace a la acción de interpretación incoada, solo puede ser abordado por esta Sala, como en efecto se ha hecho, para exigir la conexión de la solicitud de interpretación con un caso concreto y de esta manera determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por el otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo (ver fallos de esta Sala números N° 1077/2000 y 1029/2001, entre otros).

Pero la Sala Constitucional ha sido siempre muy cuidadosa de no usurpar con su interpretación competencias de otras Salas (por ejemplo, el recurso de interpretación de textos legales); y de evitar que se pretenda con esta acción sustituir recursos procesales preexistentes; o se intente subrepticamente obtener resultados cuasi jurisdiccionales que desbordan el fin esclarecedor de este tipo de acciones, es decir, que lo planteado persiga más

bien la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre estos y órganos públicos, o entre estos últimos entre sí; o que exista una velada intención de lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

Por ello, sobre el caso concreto que subyace a la presente acción de interpretación, la Sala solo se limitará a hacer dos precisiones:

1. Las notas promisorias son una modalidad de las operaciones de crédito público a las cuales recurre el Estado para la obtención de recursos financieros, que son utilizados para el cumplimiento y satisfacción de las necesidades del interés público general. Estos recursos se obtienen a través de la emisión de valores o títulos al portador que se cancelan bajo determinadas condiciones en cuanto a tasas de interés, tipo de cambio, formas de amortización o rescate, etc; los cuales pueden ser adquiridos por personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales.

Con relación a la posibilidad de que las operaciones de crédito público puedan ser incluidas en la noción de “*contrato de interés público nacional*”, esta Sala, en sentencia N° 2241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez y otros*), señaló lo siguiente:

“...A los efectos de precisar el sentido de la noción de contrato de interés público, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: ‘existe una expresión genérica –la de contratos de interés público- que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estatal o municipal’ (“Contratos de Interés Nacional”, en Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117),

En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (Cfr. Manual de Derecho Administrativo, Caracas, UCV, 1996, p. 321).

Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél (Cfr. Allan R. Brewer-Carías, Estudios de Derecho Público, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187), mientras que otro sector, apartándose de las interpretaciones precedentes, y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas ‘grandes contrataciones’ susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (Cfr. José Melich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en Revista de Derecho Público N° 7, Caracas, 1981, p. 61).

Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuírsele que (sic) la noción de contrato de interés público, que (sic) la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no

*sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc. (Cfr. Gonzalo Pérez Luciani, "Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).*

La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.

Sin embargo, la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal, entendido éste, de acuerdo con el autor Héctor J. Escola, como 'el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos' (El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250).

En tal sentido, estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.

Precisado así el significado que ha de atribuirse a la noción de contratos de interés público nacional, contenida en los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es menester examinar de seguida (sic) cuáles son las operaciones de crédito público que puede celebrar la República, en vista de su capacidad para endeudarse, a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, a los efectos de establecer si dentro de tales operaciones pueden celebrarse contratos de interés público nacional:

'Artículo 77. Son operaciones de crédito público:

- 1. La emisión y colocación de títulos, incluidas las letras del tesoro, constitutivos de empréstitos o de operaciones de tesorería.*
- 2. La apertura de créditos de cualquier naturaleza.*
- 3. La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizara en el transcurso de uno o más ejercicios posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, siempre que la operación comporte un financiamiento.*

4. El otorgamiento de garantías.

5. La consolidación, conversión, unificación o cualquier forma de refinanciamiento o reestructuración de deuda pública existente'.

De acuerdo con el contenido de la disposición transcrita, es claro que tales operaciones de crédito público pueden consistir en la celebración de contratos de financiamiento de determinadas obras, reformas, prestación de servicios, etc. o de empréstitos -entendidos como operación mediante la cual el Estado recurre al mercado interno o externo en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en diferentes formas y términos, y de pagar determinado interés (Héctor B. Villegas, 'Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario', Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 768)-, susceptibles de ser calificados como contratos de interés público nacional, por parte de la República con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades mercantiles no domiciliadas en Venezuela, siendo precisamente esta situación, la que da lugar a la demanda de inconstitucionalidad del último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en la medida que ésta faculta al Ejecutivo Nacional a realizar, sin necesidad de autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse, una vez sancionada la ley de endeudamiento anual...'. (Subrayado de esta Sala)

De acuerdo a las consideraciones expuestas, se concluye que las notas promisorias son operaciones de crédito público, requiriéndose constitucionalmente la consulta a la Procuraduría General de la República "para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa"; y así se declara.

2. No está contemplado en la normativa constitucional interpretada ninguna otra situación vinculada a los contratos de interés nacional, distinta a su suscripción (como controversias en su ejecución o reclamaciones), cuya resolución requiera obligatoriamente la consulta a la Procuraduría.

En todo caso, la Sala reitera que aun cuando un texto legal -lo cual no es usual- determine en un caso específico el carácter "vinculante" del dictamen de un órgano consultivo, la opinión contenida en el mismo no reviste el carácter de un acto administrativo con capacidad para crear derechos en favor de particulares, pues dicha opinión se produce en el marco de una relación interorgánica y solo está dirigida a coadyuvar en la formación de la voluntad del órgano decisor y no a suplirla. Así se decide.

b. *Consulta en los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República*

TSJ-SC (1460)

12-7-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Recurso de interpretación del artículo 247 de la Constitución y de los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República.

En los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter "vinculante", si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Precisado lo relativo a la interpretación del primer aparte del artículo 247 del Texto Fundamental, debe señalar esta Sala con respecto al contenido de las normas previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que las mismas se circunscriben a una hipótesis distinta a la norma constitucional anteriormente interpretada, habida cuenta que la primera versa sobre la actuación de la Procuraduría General de la República en el marco de la celebración de los “*contratos de interés público nacional*” y, en la segunda, su actuación se desarrolla en el contexto del “*Procedimiento Administrativo previo a las acciones contra la República*”.

Cabe señalar que en este segundo supuesto, y en total conformidad con lo expuesto *supra*, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter “*vinculante*”, si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el aludido Decreto Ley.

Precisado lo relativo a la interpretación del primer aparte del artículo 247 del Texto Fundamental, debe señalar esta Sala con respecto al contenido de las normas previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que las mismas se circunscriben a una hipótesis distinta a la norma constitucional anteriormente interpretada, habida cuenta que la primera versa sobre la actuación de la Procuraduría General de la República en el marco de la celebración de los “*contratos de interés público nacional*” y, en la segunda, su actuación se desarrolla en el contexto del “*Procedimiento Administrativo previo a las acciones contra la República*”. Cabe señalar que en este segundo supuesto, y en total conformidad con lo expuesto *supra*, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter “*vinculante*”, si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el aludido Decreto Ley.

Dicho procedimiento comienza con la manifestación del interesado, expresando su interés en el cobro de una determinada cantidad de dinero ante el órgano que presuntamente ha incurrido en la falta de pago. Este órgano, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la consignación del escrito por parte del interesado, debe formar el expediente relativo al asunto, incluyendo los instrumentos relativos a la obligación, tales como: la fecha en que se causó, la certificación de la deuda, el acta de conciliación suscrita con el solicitante, la opinión jurídica respecto de la procedencia o no de la pretensión, además de otros documentos que se consideren indispensables.

Una vez concluida la sustanciación, al día hábil siguiente, dicho expediente debe ser remitido a la Procuraduría General República para que ésta, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, formule y remita su opinión jurídica respecto de la reclamación. Recibida la opinión de la Procuraduría, el órgano respectivo deberá notificar al interesado su decisión dentro de cinco (5) días hábiles. Finalmente, el interesado cuenta con diez (10) días hábiles siguientes a su notificación para informar al órgano administrativo si acoge o no la decisión que le fuere notificada; caso contrario, quedará facultado para acudir a la vía judicial.

En este sentido, la Sala estima que los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República deben ser interpretados sistemáticamente, dentro del marco de las disposiciones referidas al procedimiento previo a las acciones contra la República (Título IV, Capítulo I de la Ley), evidenciándose claramente del expediente contentivo de la presente acción de interpretación, que en el caso conexo con la misma, el dictamen es una consulta aislada desconectada de un procedimiento administrativo. Por otra parte, la opinión contenida en el mismo no reviste el carácter de un acto administrativo con capacidad para crear derechos en favor de particulares, pues dicha opinión se produce en el marco de una relación interorgánica -como un eventual acto preparatorio de un

acto complejo- el cual solo está dirigido a coadyuvar jurídicamente en la formación de la voluntad del órgano decisor y no a suplirla, razón por la cual sería solo el acto emitido por la Administración activa, el cual pondera intereses de diversa naturaleza para la definitiva decisión, el que podría o no crear derechos a favor de los administrados, pudiendo asimismo ser impugnado en sede administrativa o jurisdiccional de ser el caso, por los sujetos que resulten afectados por el mismo.

En efecto, ese carácter aislado y meramente **consultivo** (no constitutivo) e **incapaz de crear derechos subjetivos en cabeza de los particulares, queda evidenciado por el hecho cierto de que, como ocurrió en el caso concreto, tanto la Consultoría Jurídica del Ministerio de Finanzas como la Procuraduría General de la República, luego de recabar nuevos elementos probatorios -surgidos en el marco de esa relación interórganica-procedieron a emitir sendas opiniones que dejaron sin efecto sus respectivos dictámenes previos. Esta posibilidad jurídica resulta coherente y cónsona, si se observa que, tal como se ha venido explicando, no se está en presencia de un procedimiento capaz de crear derechos subjetivos, sino de una auténtica tarea de consultoría interna que, al enriquecerse con nuevos elementos probatorios, puede orientarse en otro sentido.**

En ese mismo orden, cabe destacar que dada la naturaleza jurídica antes descrita, la revocatoria de esa clase de dictámenes de la Administración (basada en nuevos elementos) en nada atenta contra la garantía contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De lo expuesto, concluye la Sala que la aludida prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo antes descrito, previo a la emanación del dictamen, trae como consecuencia la imposibilidad de que el mismo produzca los efectos contemplados en el artículo 56 de la Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y así se decide.

Por último, esta Sala aprecia que la norma del artículo 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, sólo tiene un carácter instrumental, el cual se limita a la notificación que deberá realizar el órgano de la Administración activa -al interesado en su decisión- dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción de la opinión que emita este órgano consultivo; por lo cual la clara redacción de la disposición normativa no requiere su interpretación por parte de esta Sala; y así se declara.

3. *El Poder Judicial: Sistema de Justicia: Órganos de Policía*

Véase página 209 de esta *Revista*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario* N° 106 del 30 de abril de 1976.

El sistema de justicia sin órganos de policía estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones, por ejemplo, cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas infringen la ley (aprehensiones en flagrancia), o cuando se esfuerzan en llevar a cabo la investigación criminalística en el proceso penal (práctica de detenciones preventivas ordenadas por el Juez), implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Cambiario, Monetario y el Crédito. Regulación del crédito: Tarjetas de crédito*

TSJ-SC (1419)**10-7-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO) vs. Asociación Bancaria de Venezuela, el Consejo Bancario Nacional, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela.

La Sala Constitucional analiza el sistema crediticio representado por las Tarjetas de Crédito.

El mundo actual está signado por la expedición por parte de la Banca de tarjetas de crédito, que permiten a sus tenedores legítimos pagar sus consumos en diversos comercios afiliados al sistema, con sólo presentar la tarjeta, de la cual toma cuenta el comerciante mediante una serie de mecanismos preestablecidos. En realidad, se trata de pagos contra el crédito limitado que tiene el tarjetahabiente en un instituto de crédito, emisor de tarjetas; instituto que es quien cancela al comerciante lo que le adeuda el tarjetahabiente.

Posteriormente, el emisor de la tarjeta, conforme al contrato que tenga con el tarjetahabiente, le cobra el monto del crédito abierto y concretamente utilizado, lo cual se hace al final de períodos acordados contractualmente, dentro de los cuales el emisor de la tarjeta suma lo que el tarjetahabiente “consumió”, determina el monto y procede a exigir su pago del tarjetahabiente, quien puede pagar de inmediato, bien la deuda total o pagarla mediante pagos parciales, dentro de términos preestablecidas en los contratos entre las partes, generando intereses la suma adeudada (no cancelada a tiempo) por el deudor. Desde un ángulo estrictamente mercantil, puede afirmarse que se está ante contratos entre particulares, donde impera la autonomía de la voluntad y donde es la ley de las partes la que manda.

Pero desde otro ángulo, la Sala observa que se está ante un sistema crediticio masivo, que es utilizable por diversas clases sociales, a quienes en la práctica se los obliga a ser usuarios de al menos una tarjeta, ya que la Sala –por tratarse de hechos notorios- conoce que en la mayoría de los hoteles no se acepta el inicio del contrato hotelero sino se garantiza el pago con una tarjeta de crédito; y así mismo, agencias que arriendan vehículos exigen al momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que el arrendatario –como garantía- presente su tarjeta de crédito, a la cual se le cargaran los cánones y los gastos. Esto sin contar que los comercios que están afiliados a la red de tarjetas de crédito, asumen esa forma de pago. Además, es un requisito en la actualidad el poseer una tarjeta de crédito o débito de alguna institución financiera, para la obtención de los dólares de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), (véase, entre otras Providencia N° 081 del 12 de febrero de 2007, emanada de dicha Comisión, mediante la cual se establecen los requisitos, controles y trámite para la adquisición de divisas destinadas al pago de consumos en el exterior.

Esta utilización masiva de las tarjetas, promocionadas publicitariamente, y coercitivamente impulsada en algunos casos, hacen que la tomen mayoritariamente los miembros de las clases sociales media y alta, quienes no sólo se ven compelidos al consumo, sino que pueden hacer nula o disminuir su capacidad de ahorro.

Esta situación -a juicio de la Sala- da al uso de las tarjetas un contenido social, que merece la atención del Estado, máxime cuando el Estado es social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional), y los consumidores de las tarjetas pertenecen a clases sociales, cuyos miembros, al pertenecer a esos sectores sociales, también requieren protección en su calidad de vida.

Además, que es evidente el carácter lucrativo que para las entidades bancarias y financieras tienen las operaciones con tarjetas de crédito, por lo que siendo un derecho constitucional el "...dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social..." (artículo 112 constitucional), corresponde al Estado mediante los organismos de control y vigilancia del sector financiero (Superintendencias de Bancos y otras Instituciones Financieras y Banco Central de Venezuela) regular de inmediato lo relativo a las tarjetas de crédito, mientras la Asamblea Nacional no dicte una Ley especial al respecto, y así se decide.

Estas regulaciones específicas, tomando en cuenta la situación del deudor y la pretensión de los accionantes, deben versar sobre el sistema de intereses que deban pagar los tarjetahabientes al emisor así como las condiciones de los contratos de emisión de tarjeta, en cuanto a las cláusulas que perjudiquen a los tarjetahabientes ante cargos indebidos o falsificación de las mismas, así como a una regulación de la propaganda sobre ellas y de cualquier mecanismo psicológico que cause adicción o compulsión para su uso, ya que con ello se preserva la calidad de vida de los usuarios, se impiden prácticas usurarias y abusos de derecho.

Resuelto lo anterior, la Sala apunta que la acción por intereses difusos incoada, no fue interpuesta contra ningún Banco o institución financiera en particular, sino contra órganos del Estado que regulan al sector financiero, y contra la Asociación Bancaria de Venezuela, con el fin que protejan a los tarjetahabientes, y las entidades bancarias que han participado en este juicio lo han hecho como terceros coadyuvantes de la parte demandada. Por lo tanto, la Sala no juzga en esta sentencia a ningún banco o ente financiero en particular, sino que analiza las prestaciones que debe el Estado, mediante los órganos competentes, para proteger la calidad de vida, y así se declara. Estas prestaciones -según la parte actora- dimanar de los artículos 2, 113, 114, 117, 257 y 299 constitucionales, que rezan:

"Artículo 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

"Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

“Artículo 114. El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”.

“Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos!”.

“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”.

“Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, 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 lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta”.

Esta Sala observa que la parte actora pretende una protección a la **calidad de vida** de los usuarios de tarjetas de crédito en Venezuela, y respecto a ella, esta Sala ha sostenido en sentencia del 30 de junio de 2000, recaída en el caso DILIA PARRA GUILLÉN, que la misma *“...es el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo, como cuerpo que trata de convivir en paz y armonía, sin estar sometida a manipulaciones o acciones que generen violencia o malestar colectivo, por lo que ella, en sentido estricto, no es el producto de derechos individuales como los contenidos puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino del desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general, como lo son –sólo a título enunciativo- los artículos 83 y 84 que garantizan el derecho a la salud; el 89, que garantiza el trabajo como hecho social; los derechos culturales y educativos contenidos en los artículos 99, 101, 102, 108, 111, 112 y 113 de la Carta Fundamental; los derechos ambientales (artículos 127 y 128 eiusdem); la protección del consumidor y el usuario (artículos 112 y 114), el derecho a la información adecuada y no engañosa (artículo 117) y, los derechos políticos, en general”.*

Teniendo ello en cuenta, la Sala apunta respecto al tema que da origen a esta acción de protección, que una tarjeta de crédito se conceptúa materialmente en un objeto de plástico con una banda magnética, a veces un microchip, y un número en relieve que sirve para hacer compras y pagarlas en fechas posteriores. Por su capacidad de realizar pagos se les llama también dinero plástico.

Para la obtención de las tarjetas de crédito se hace necesario llenar la solicitud, y se debe anexar a la misma, una serie de recaudos que cada entidad bancaria establece, como copia de la cédula de identidad, constancia de trabajo y sueldo, referencia personal, balance personal,

entre otras, (estos hechos quedaron probados con los formularios de solicitud que cursan a los folios 21, 25 y vto. del 28 de la pieza N° 1 del presente expediente), aun cuando existen casos en que las mismas son emitidas por la entidad bancaria, sin que se haya formulado previamente su solicitud por parte del usuario.

En cuanto al contenido de los contratos de las tarjetas de créditos, específicamente, al alegato referido por la parte actora sobre el desconocimiento de las cláusulas que contienen los mismos, la Sala observa que entre las pruebas promovidas por la parte actora se encuentran formularios de solicitud de tarjetas de créditos de tres entidades bancarias distintas, los cuales no fueron impugnados, por lo que se da por cierto su contenido, y se asume que este tipo de contrato ha sido utilizado en el sistema bancario, al menos por algunos de los bancos que lo componen, de allí que resulte relevante transcribir de sus textos, lo siguiente:

- Formulario 1 (cursa al folio 21 de la pieza N° 1):

“[...]El tarjetahabiente declara conocer y aceptar las Cláusulas del Contrato de Tarjetas de Crédito del Banco ...(omissis)..., protocolizado ante la Oficina Subalterna ...(omissis)..., o la oferta pública que la sustituya vigente para esta fecha, autoriza al Banco ...(omissis)... para verificar la información contenida en la presente solicitud y en los recaudos anexos a ésta, y a suministrar su información personal, así como la derivada del uso de su Tarjeta de Crédito, a terceros contratados por dicho instituto bancario para efectuar servicios de almacenamiento, procesamiento y administración de datos e información relativos a la actividad crediticia, a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras ubicados tanto en Venezuela como en el exterior, mediante cualquier medio de información impreso o electrónico, nacional e internacional”.

- Formulario 2 (que cursa al folio 23 de la pieza N° 1).

“Declaro que si resultare aprobada esta solicitud de tarjeta de crédito visa/mastercard, del Banco ...(omissis)..., la expedición, aceptación y utilización de cualquiera de las mencionadas tarjetas, emitidas por causa de esta solicitud, se regirán por las normas contenidas en las cláusulas contractuales de la oferta pública de servicios de tarjeta de crédito visa/mastercard del banco ...(omissis)..., que declaro conocer y aceptar, así como también que son verídicos todos cuantos datos he suministrado en esta solicitud y autorizo de manera expresa al banco ...(omissis)..., para que los verifique, sin que ello implique obligación contractual alguna o aprobación de esta solicitud. El texto de dicho contrato de adhesión está a disposición del tarjetahabiente, en caracteres legibles en las oficinas del Banco”.

- Formulario 3 (que cursa al folio 25 de la pieza N° 1).

“Quien suscribe, suficientemente identificado en la presente solicitud de crédito declaro: La expedición y utilización de cualquiera de las tarjetas de crédito emitidas por [...], se regirá por las condiciones Generales de servicio de tarjeta de crédito establecidas por la citada Institución Bancaria. Por lo expuesto, declaro aceptar u adherirme a las condiciones generales vigentes a la presente fecha, así como aquellas que en el futuro las modifiquen total o parcialmente. Declaro igualmente haber recibido un ejemplar de las condiciones generales vigentes cuyo contenido declaro comprender y aceptar en su totalidad. Finalmente doy fe que los datos aquí suministrados son ciertos y autorizo a [...] para comprobar los mismos”.

Ciertamente, estos contratos se rigen por unas cláusulas preestablecidas por el ente bancario emisor; sin embargo, ese hecho no puede servir para que sobre estos contratos no haya un control de los entes del Estado que tienen esa competencia legalmente atribuida, toda vez que como entidades financieras están regidas por las disposiciones contenidas en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 42 y 212) y en la Ley del Banco Central de Venezuela (artículos 121 y siguientes), y la materia –como ya se anotó– es de interés social, lo que amerita la tuición del Estado dentro de un estado social.

Es importante aquí destacar que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, regula en su Título III “De la Protección Contractual”, Capítulo I “Del Contrato de Adhesión”, lo concerniente a este tipo de contratos en protección justamente del consumidor suscriptor de los mismos. Considera la Sala que aunque estas normas de contratos de adhesión, no están centradas en las relaciones financieras, no por ello pueden ser ignoradas por esta Sala, ya que se trata de normas para proteger a consumidores, como lo son también los tarjetahabientes. Dichas normas prevén expresamente lo siguiente:

“...Concepto de Contrato de Adhesión

Artículo 81. *Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.*

La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

Claridad de los contratos

Artículo 82. *Todo contrato de adhesión deberá encontrarse a la disponibilidad del público, bien de manera impresa o a través de la utilización de medios electrónicos, con caracteres legibles a simple vista y en idioma castellano.*

Deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato de adhesión.

De todo contrato celebrado entre proveedores y consumidores deberá darse copia impresa o electrónica a las partes para su lectura o información con anticipación a la fecha prevista para su otorgamiento.

Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a derechos patrimoniales del consumidor y/o usuario, deberán estar impresas en caracteres destacados, que faciliten su lectura y fácil comprensión.

Prohibición de modificación en las condiciones

Artículo 83. *Queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio tipificadas en un contrato de adhesión celebrado entre las partes.*

En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justificare, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, el proveedor deberá informar al consumidor o usuario, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. El consumidor o usuario tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse las nuevas condiciones y términos por parte del consumidor o usuario, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar al consumidor o usuario, y se hará a expensas del proveedor.

En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, el proveedor debe suministrarle al consumidor o usuario información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólica en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por la autoridad competente.

En los casos en que el consumidor o usuario esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión, deberán ser negociadas con el colectivo afectado.

Derecho de retractarse

Artículo 84. *El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión.*

Opciones del consumidor

Artículo 85. *El consumidor o usuario podrá optar por pedir la rescisión del contrato de adhesión o la reducción del precio, sin perjuicio de exigir la indemnización por daños y perjuicios, cuando el bien o servicio, objeto del contrato, tenga defectos o vicios ocultos que le hagan inservible o que disminuyan de tal modo su calidad, que el consumidor o usuario no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.*

Interpretación de la ley

Artículo 86. *Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas y apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario.*

Nulidad de las cláusulas en los contratos de adhesión

Artículo 87. *Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:*

- 1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.*
- 2. Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.*
- 4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.*
- 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.*
- 6. Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.*
- 7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.*
- 8. Cualquier otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.*

9. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.

Legislación aplicable

Artículo 88. Formarán parte del contrato de adhesión, en lo que a las cláusulas nulas se refiere, las disposiciones generales de la presente Ley y en forma supletoria las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio, según le sean aplicables”.

Atendiendo a la normativa antes transcrita, y teniendo en cuenta que la misma tiene por norte el que se apliquen las reglas más favorables al usuario y consumidor, la Sala constata que de autos ha quedado evidenciado que quien suscribe la solicitud de tarjeta de crédito no tiene a su vista el contrato que rige a la misma, por lo que no es informado en forma directa, veraz y oportuna, sobre el contenido de las cláusulas que rigen dicho contrato, violándose así el derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 117 del Texto Fundamental, así como lo establecido en los artículos 6.3, 8 y 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, razón por la cual se ordena a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras a dictar la normativa correspondiente a la materia de contratos de tarjetas de créditos y a dicha obligación por parte de las entidades bancarias, pues el hecho de que los referidos contratos se encuentre debidamente registrados ante una Oficina de Registro, no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos, para esta labor puede solicitar la colaboración de la Asociación Bancaria de Venezuela, la cual según el literal m) del artículo 2 de sus Estatutos tiene entre sus objetivos, el de cooperar “...con el Consejo Bancario Nacional y con los Poderes Públicos en la adopción de las medidas que tiendan al mejoramiento de la actividad bancaria, sugiriendo las reformas legales y de cualquier índole que propenda a esa finalidad”. Así se decide.

Las oficinas de Registro Público otorgan publicidad registral a los actos que según la ley deben ser registrados, mas no a cualquier acto cuya finalidad no sea la oposición del negocio a terceros, no teniendo tal carácter de publicidad registral, la suscripción unilateral de unas cláusulas que hace una persona y las registra.

Para la Sala, tomando en cuenta los formularios analizados en esta letra **-C-**, el contrato que ofrecen los emisores de tarjetas de crédito a los usuarios del sistema, o tarjetahabientes, es un contrato cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el emisor de las tarjetas, lo que es una característica de los contratos de adhesión (conforme al artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

Tratándose de un contrato de adhesión, la Ley citada evita la reticencia del contratante (institución financiera); y el contrato debe reunir las condiciones del artículo 82 *eiusdem*, por lo que el texto a suscribirse debe bastarse a si mismo, sin remisión a documentos registrados; texto que deberá constar en forma impresa o electrónica, y así se declara.

La SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS deberá hacer cumplir tal obligación y así se decide.

-D-

FORMA PARA CALCULAR LOS INTERESES

Toca a la Sala, estudiar lo relativo a los intereses cobrados por el uso de las tarjetas de crédito y el alegado anatocismo por la parte actora y supuestamente aplicado por las entidades bancarias. Para ello, se observa lo siguiente:

Afirmó la representación del Banco Mercantil que “...las fórmulas de cálculo de intereses aplicadas actualmente por el Banco Mercantil, no se hacen sobre intereses generados en facturaciones anteriores. Básicamente, porque el proceso mantiene separados el componente de capital y el de interés del saldo deudor. Sólo se utiliza el componente de capital como base para el cálculo de intereses”.

La ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y el CONSEJO BANCARIO NACIONAL no han contradicho el hecho de que las fórmulas sean distintas, y ello se desprende de lo señalado en su contestación, no obstante, expresan que en las mismas se aplica un interés simple.

En los estados de cuenta promovidos por los coadyuvantes de la actora y que ésta promovió con base en la comunidad de la prueba, los cuales no fueron desconocidos ni impugnados en este juicio, por lo que su contenido se tiene como ciertos, aparecen detallados tres tipos de intereses, a saber: moratorios, bonificables y financieros preferencial (ver, folios 182 al 230, y 238 a 244 de la pieza N° 1), observándose que los moratorios varían del 3% al 7,08% y los bonificables y financieros oscilan con una tasa que varía del 32% y llegan hasta un 68%.

A los folios 142 al 147 de la pieza 2 cursan las Normas para el Cálculo de los Intereses que podrán cobrar las Empresas emisoras de tarjetas de crédito o los bancos o instituciones financieras que financien operaciones derivadas de tarjetas de crédito, dictadas por el Consejo Bancario Nacional el 29 de octubre de 1999, en atención a la competencia establecida en el artículo 140.5 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, prueba que promovida en autos y admitida por esta Sala, en cuyo texto se lee lo siguiente:

Primero.- Todas las empresas que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que financien las operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, deberán indicar en los correspondientes Estados de Cuenta, el método de cálculo de intereses, retributivos y de mora, aplicado al financiamiento de estas operaciones. Cada Empresa emisora de Tarjetas de Crédito, cada Banco y cada Institución Financiera podrán utilizar formas de cálculo de intereses distintas a los de sus competidoras, lo cual garantiza la competitividad en el mercado financiero nacional. En todo caso, las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito se abstendrán de aplicar simultánea o alternativamente diferentes métodos de cálculo de intereses en un mismo período mensual reflejado en un Estado de Cuenta, a menos que se trate de transacciones de distinta naturaleza, lo cual deberá ser informado a los clientes anticipadamente. Los Estados de Cuenta deberán emitirse mensualmente, conforme al marco legal vigente.

Segundo.- Los intereses, retributivos y los de mora, se calcularán sobre la base de un calendario de 360 días. Dicho cálculo deberá, obligatoriamente, considerar las amortizaciones de capital realizadas por los clientes y, en consecuencia, los intereses solo podrán ser calculados sobre los saldos deudores.

Tercero.- Los intereses podrán ser calculados por la empresa emisora o por quien financie las operaciones derivadas del uso de las Tarjetas de Crédito, desde la fecha de cada consumo o desde cualquier otra fecha posterior a esta, de acuerdo con los términos establecidos en el contrato celebrado al efecto. Los intereses de mora se devengan desde el momento en que, conforme a los términos y condiciones de cada contrato, el cliente no cancele total o parcialmente su obligación en las condiciones y en el plazo acordado al efecto.

Cuarto.- Las tasas de interés, retributivos y de mora, aplicables a los financiamientos, serán fijadas por las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión y al financiamiento de Tarjetas de Crédito, conforme a las variaciones del

mercado financiero y a lo convenido con sus clientes en los contratos celebrados al efecto, para lo cual se dará cumplimiento a todas las disposiciones legales y demás normas bancarias aplicables, en especial, las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela y del Consejo Bancario Nacional. Dichas tasas deberán ser informadas a los clientes en los Estados de Cuenta mensuales.

Quinto.- La cantidad o cuota mínima a cobrar para la fecha de vencimiento establecida para cada plazo de pago, señalada en el Estado de Cuenta por la Empresa emisora o el Banco o Institución Financiera que financie operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, deberá incluir obligatoriamente, el monto total de los intereses retributivos y los de mora, siempre y cuando éstos últimos, fueran procedentes.

Sexto.- No podrán cobrarse intereses sobre intereses. Mediante convenios o cláusulas especiales, el deudor y la Empresa emisora de la Tarjeta de Crédito o el Banco o Instituto Financiero que financie operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, podrán establecer formas para refinanciar deudas atrasadas, en cuyo caso las partes podrán acordar capitalizar hasta la totalidad de los intereses devengados y no pagados.

En este supuesto, la totalidad de lo debido, convertido por el acuerdo de las partes en deuda de capital, podrá devengar intereses a favor del acreedor, conforme a las normas de financiamiento establecidas para operaciones originarias de crédito en el sistema financiero venezolano.

Séptimo.- Estas normas no son aplicables a otras operaciones de financiamiento otorgadas a titulares de las Tarjetas de Crédito, por las Empresas emisoras de Tarjetas de Crédito o los Bancos y otras Instituciones Financieras, que no afectan los límites de crédito fijados a cada tarjetahabiente para el uso de la Tarjeta de Crédito, pues tales operaciones se rigen por la normativa aplicable a otras operaciones de crédito bancario.

Octavo.- Las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito y que financien las operaciones derivadas del uso de las mismas, se comprometen a crear y poner en funcionamiento mecanismos informativos que permitan al tarjetahabiente conocer el método aplicado al cálculo de intereses, retributivos y de mora, generados por el financiamiento de los consumos por él realizados. Así mismo, las señaladas Empresas, los Bancos y demás Instituciones Financieras, a través de sus Departamentos o Gerencias de Atención al Cliente, informarán y aclararán a sus clientes las interrogantes que pudieren surgir sobre el cálculo en cuestión.

Noveno.- Las Empresas emisoras de Tarjetas de Crédito, los Bancos y las demás Instituciones Financieras tienen plazo hasta el 31 de diciembre de 1999 para poner en vigencia todas estas disposiciones, las cuales, a partir del 1° de enero del 2.000, son de carácter obligatorio para todos los miembros del Consejo Bancario Nacional y, por su decisión voluntaria, para cada una de las empresas que, sin ser miembros del Consejo Bancario Nacional, forman parte de la Cámara Venezolana de Tarjetas de Créditos y Afines”.

Atendiendo a dicha normativa, y a lo establecido en el artículo 530 del Código de Comercio que dispone que “No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital.

También se deben cuando de común acuerdo o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”, la fórmula de interés simple para el cálculo de los intereses de financiamiento de las tarjetas de crédito es la siguiente:

$$\text{Interés (I)} = \frac{\text{Capital (C)} \times \text{Tasa de Interés (i)} \times \text{Tiempo (t)}}{100 \times 360}$$

$$\text{Interés (I)} = \frac{\text{Capital (C)} \times \text{Tasa de Interés (i)} \times \text{Tiempo (t)}}{36000}$$

Aparecen, conforme a los documentos que cursan en autos, en los estados de cuenta de las diversas entidades financieras, las especificaciones de cómo el usuario debe realizar el cálculo de los intereses de su tarjeta de crédito, de lo cuales se extrae que existen: Intereses sobre cada cargo del mes anterior, intereses de mora e intereses sobre el capital financiado.

Las fórmulas de cálculos son tan distintas que hoy en día algunas entidades bancarias permiten trasladar los saldos de sus tarjetas actuales a otra tarjeta con mejores tasas. En efecto, concluyeron los expertos en su informe (v. escrito del 27 de septiembre de 2006, cursante en la pieza N° 3 del presente expediente), el cual se recibió como medio de prueba, que:

“...Aun cuando la totalidad de las instituciones bancarias emplean la fórmula de matemática financiera de interés simple en el enunciado de sus fórmulas y/o metodología, encontramos que cada institución bancaria usa su propia metodología de cálculo, la cual puede diferir de la de otros bancos, presentándose una amplia gama de interpretación para lograr un análisis integral del sistema de cálculo”.

Inclusive, señalaron los expertos en la oportunidad de la culminación del debate oral, celebrado el 3 de julio de 2007, que tuvieron que diseñar una metodología matemática financiera para deducir sí en el cálculo de los intereses de las tarjetas de crédito, las instituciones bancarias incurrieran o no en anatocismo.

Y respecto a dicha prueba de experticia practicada por los expertos SANTOS ERMINY VERDE, RAFAEL DERETT GARCÍA y VÍCTOR HERNÁNDEZ DEDORDY, la Sala observa que en escrito presentado el 27 de septiembre de 2007, contenido del informe, los expertos manifestaron lo siguiente:

“...Previo al conocimiento del contenido de cada uno de los recaudos correspondientes a cada banco emisor y agrupados en las personas jurídicas inicialmente citadas, y de su referencia institucional con las normas del Consejo Bancario Nacional anteriormente resumidas, los expertos observan con atención la diversidad en las presentaciones de fórmulas de matemáticas financieras y sus metodologías de aplicación, específicamente en la terminología utilizada para definir los parámetros, premisas o elementos que constituye la base para el procedimiento a desarrollar en los cálculos referidos a las fórmulas utilizadas por las instituciones financieras emisoras de tarjetas de crédito. Para la obtención de información complementaria que contribuyera a aclarar situaciones, metodología empleada, obtención de resultados, interpretación de glosario de las fórmulas y la terminología empleada en forma diferente para cada banco, y dada la extensión del proceso de análisis en virtud de la importante cantidad de instituciones financieras involucradas, y en vista de las limitantes de tiempo, los Expertos procedieron a contactar directamente a las Consultorías Jurídicas de las Instituciones donde la obtención de información o sus aclaratorias fuesen (sic) mas urgentes (sic), siendo esto imposible en algunos casos. Motivados en estos hechos los expertos coincidieron en integrar armonizadamente una sola terminología o glosario a los fines únicos de consolidadamente procesar el desarrollo matemático de las fórmulas remitidas por los entes financieros inicialmente identificados...”

...Omissis...

Los expertos usamos la opción de ejemplos reales propios u otras personas naturales en su condición de tarjetahabientes de algunas instituciones financieras, con lo cual se pretende obtener una muestra real de las fórmulas matemáticas financieras sobre el cálculo de intereses por financiamiento de las tarjetas de crédito”.

“...para los casos analizados, los cálculos de intereses fueron realizados bajo la fórmula matemática de Interés Simple, por tanto no se encontraron evidencias de cálculos de intereses sobre intereses en el caso de financiamiento mediante tarjetas de crédito”.

Por otra parte en el análisis del cálculo del Pago Mínimo encontramos que, de forma genérica, éste se compone del Total de Intereses de la Factura Actual, incluyendo Intereses de Mora si existieran, los Cargos no Financiables (comisiones) y la Cuota Parte del Capital de la Factura Actual, financiable por el período establecido por la política de cada uno de los bancos...”.

En relación con el punto referido a las fórmulas de cálculo, el testigo perito JORGE RODRÍGUEZ MORENO, fue promovido por la parte actora, para demostrar que las fórmulas son complejas, múltiples e incomprensibles. El testigo depuso que la fórmula de cálculo no es única desde el punto de vista matemático, no es la misma en todos los bancos. Se traduce en que las ofertas de los bancos sobre tasas de interés pierde sentido cuando son aplicadas en forma distinta, de modo que una misma fórmula es aplicada en forma distinta por las diferentes entidades bancarias.

Respecto al cobro de intereses sobre intereses, el testigo antes referido expuso que existen cuatro casos o supuestos diferentes para un usuario de tarjeta que recibe su estado de cuenta, en el cual éste tiene las siguientes opciones:

- 1) Pagar un monto que sea igual o superior al pago mínimo.
- 2) Pagar un monto entre el pago mínimo establecido y lo que corresponde a los intereses de dicha cuota.
- 3) Pagar un monto que se encuentre en cero bolívares y el monto correspondiente a los intereses de esa cuota, esto es, pagar menos de lo que le corresponde pagar por intereses.
- 4) No pagar esa cuota.

En el caso 1) indicó que no se observa anatocismo; en el caso 2), señaló que no es uniforme el comportamiento de la banca, en algunas entidades hay recargo de intereses y en otras no; en el 3) afirmó que hay anatocismo, intereses impagos del mes anterior no son separados del capital, esto es, del saldo de los intereses nuevos; y en el caso 4) aseveró que existe anatocismo.

Respecto del anatocismo, esta Sala ha sostenido en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: *Asodeviprilara*, que:

“...4.- Anatocismo

El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.

Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antro-po-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos. Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación

de usuraria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (latu sensu), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden mas a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.

Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varía en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.

La Sala hace estas consideraciones porque el artículo 530 del Código de Comercio establece: “No se deben intereses sobre intereses, mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”.

Los supuestos de la norma transcrita exigen que los intereses se liquiden y que luego de tal determinación, que involucra una aceptación del deudor, se incluyan en un nuevo contrato donde se capitalizan; o se arreglan cuentas aceptando en el saldo los intereses, lo que también supone que los montos por intereses fueron liquidados previamente a su inclusión como capital.

A juicio de esta Sala, el artículo 530 aludido, no permite que previa a la liquidación de los intereses, a su existencia real, surjan compromisos entre acreedor y deudor tendientes a capitalizarlos.

Tal vez, la razón de esta prohibición es que antes de liquidar los intereses (tanto compensatorios como indemnizatorios) y determinar su monto, no hay equivalente en la prestación del acreedor para de una vez tener derecho a capitalizar los intereses, no siendo para el acreedor el equivalente para tal ventaja el que haya prestado un dinero, ya que los daños resultantes del retardo en el cumplimiento por parte del deudor, son el pago del interés legal, que en materia mercantil es el del mercado, salvo disposiciones especiales.

En los préstamos de dinero para los planes de política habitacional y la asistencia habitacional, por mandato de la ley, el anatocismo prohibido por el artículo 530 del Código de Comercio es legal. Los fines perseguidos por dicha ley, con la formación del fondo de ahorro compensa la obligación de pagar intereses sobre intereses, pero fuera de dicho ámbito, la capitalización de intereses convenida cuando ni siquiera se han causado ni se han determinado, a juicio de esta Sala, constituye una obligación contraria a las buenas costumbres, ya que nadie puede racionalmente aceptar que sobre los intereses que debe, calculados a tasas de interés variable y que no puede conocer ni prever como los ha de pagar, se generen nuevos intereses a tasas desconocidas. La aceptación de tan lesiva situación, al igual que la aceptación a priori de la frecuencia de las capitalizaciones, no puede ser sino el producto de una actitud desesperada del deudor o de una ignorancia total sobre el negocio, además de resultar desproporcionada con la prestación del acreedor.

Tal vez, esta fue la razón que tuvo el legislador, cuando la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (de 1993), la cual ha regido la mayoría de los créditos indexados, dispuso en su artículo 50: “En caso de atraso en los pagos de créditos destinados a la adquisición de viviendas, los bancos hipotecarios solo tendrán derecho a cobrar intereses moratorios sobre la parte de capital a que se contrae la cuota o las cuotas de amortización no pagadas a su vencimiento, de conformidad con lo estipulado en el respectivo contrato”.

Tal disposición, recogida en el artículo 99 del Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, destinada a los préstamos que pudieren otorgar los bancos hipotecarios, a juicio de esta Sala priva sobre los préstamos hipotecarios de los prestamistas que se dediquen a financiar las viviendas, a menos que la ley, como la que regula la asistencia habitacional, expresamente digan lo contrario.

El artículo 528 del Código de Comercio, trae un caso de capitalización de intereses, en el contrato de cuenta corriente, pero ello se hará de acuerdo a los balances parciales, lo que significa que se trate de intereses liquidados y aceptados que se van a capitalizar. Algo igual prevé el artículo 524 del mismo Código. También en materia de depósitos de ahorro las diversas leyes que han regido el sistema financiero han permitido que se capitalicen los intereses que producen los depósitos, por lo que se trata de una previsión legal.

La falta de causa, la causa ilícita y los vicios del consentimiento son razones de nulidad de los contratos (artículo 1.157 del Código Civil), los cuales responden a demandas particulares de quienes pretenden hacer valer sus derechos subjetivos en ese sentido, y por ello, no puede ventilarse su nulidad dentro de una acción por derechos e intereses difusos o colectivos.

Pero dentro de estas acciones sí se puede pedir un efecto general que beneficie a toda la colectividad o a grupos indeterminados de ésta, que están en igual situación jurídica, como sería la prohibición de cierto tipo de cláusulas con relación a contratos tipos de aplicación masiva para quienes se hallan en una determinada situación, y en ese sentido, la Sala podría determinar el futuro de los contratos que impongan previamente el anatocismo, si la forma como se implementa es por vías contrarias a las buenas costumbres, que en materia de intereses social, se concretiza mediante el agravamiento de la situación del débil jurídico sin una real equivalencia en la prestación de su contraparte que sustente la ventaja que obtiene. La entrega al acreedor que hace a ciegas el necesitado, tendente a un endeudamiento que le impide el ahorro y que no responde a una situación precaria del acreedor, se convierte en una obligación contraria a las buenas costumbres.

A juicio de esta Sala, en materia de derechos o intereses difusos o colectivos, para que se cumpla a cabalidad la prestación solidariamente debida ante un derecho social concreto, como es el de la vivienda, las ilicitudes generales sobrevenidas que contienen los contratos tipos, pueden ser declaradas a fin que tal clase de contratos o sus cláusulas se prohíban, si es que eran legales cuando nacieron pero que luego devienen en inconstitucionales. La previsión del artículo 530 citado, de que se capitalicen los intereses liquidados, plantea el interrogante de si antes de su liquidación pueden las partes pactar la capitalización.

A juicio de esta Sala, en teoría ello podría ser posible como parte de la autonomía de la voluntad, pero la realidad es que quien pide un préstamo, decide endeudarse y pagar intereses compensatorios y moratorios, lo hace por necesitar lo que pide, y tal necesidad, sobre todo si es para resolver problemas sociales como vivienda, educación, etc, lo lleva a aceptar condiciones que favorecen abiertamente al prestamista, muchas de los cuales lindan con la violencia sobre el necesitado, ya que solo comprometiéndose a cumplirlas se tiene acceso al crédito. Tal situación fomentada por instituciones que prestan un servicio crediticio, y destinado a solucionar masivamente problemas sociales, como el de la vivienda, a juicio de esta Sala es contraria a las buenas costumbres, ya que al deudor no solo se le cobran los intereses compensatorios, sino los de mora, que representan la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1.277 del Código Civil), y tal indemnización se la capitalizan y, sobre lo capitalizado, se vuelve a cobrar intereses, por lo que el deudor acepta un "doble castigo", a juicio de esta Sala violatorio del artículo 1.274 del Código Civil, ya que el convenio de capitalización previo de los intereses no atiende a los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, ya que ello no se estipula en el mismo. Por otra parte, la falta de pago de las cuotas en su oportunidad, tampoco responde a lo pautado en el artículo 1.275 del Código Civil, que establece que los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor (los intereses), y así como la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

La falta de pago de una o varias cuotas, o de intereses, generan la mora como daños y perjuicios, y ante el hecho real de no poder pagarlos, es posible que se acuerde que dichos saldos aumenten el capital, pero convenir en ello antes que surja la liquidación de los intereses, es crear una especie y encubierta cláusula penal (artículo 1.276 del Código Civil), la cual siempre debe referirse a una cantidad determinada y no fluctuante como la que emerge de la indexación.

Considera esta Sala que cuando el artículo 530 del Código de Comercio permitió se cobraran intereses sobre intereses, hecha la liquidación de éstos, el legislador fue preciso, porque sólo sobre los liquidados podría el deudor -con pleno conocimiento de su situación- acordar su capitalización, sin tener encima para aceptar tal capitalización, la presión de que sólo recibirá el préstamo si se allana a las condiciones que más favorezcan al prestamista; y porque sólo así las disposiciones de los artículos 1.273 a 1.276 del Código Civil pueden tener aplicación.

Además, no escapa a esta Sala una tendencia legislativa contemporánea, que deja a los particulares la fijación de los intereses, sin intervención directa en ese sentido de algún organismo oficial, como lo es el Banco Central de Venezuela, creando en un sector de la población una situación que le impide normalmente precisar cuáles son los intereses. Ello se evidencia en el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el cual para el cálculo de la tasa de intereses que debe pagar el arrendador al arrendatario, ordena que se calculen a la tasa pasiva promedio de los seis principales entes financieros durante la vigencia de la relación arrendaticia, conforme a la información que suministre el Banco Central de Venezuela.

En consecuencia los arrendadores, y por ende los arrendatarios a cuyo favor surge el derecho de cobrar intereses, se ven en la necesidad de investigar cuáles son los seis principales entes financieros, y realizar las operaciones que le permitan conocer cuál fue la tasa pasiva promedio de esos seis entes, teniendo en cuenta para tales determinaciones, la información que les dé el Banco Central de Venezuela, sobre cuáles eran esos seis principales y, siendo un punto discutible, dado la letra del citado artículo 24, si el Banco Central se limita a indicar cuáles son los seis principales entes, y además señalar las tasas pasivas de cada uno, o si es dicho Banco quien aporta a los particulares el promedio, a fin que sean ellos quienes hagan los cálculos.

Esta misma fórmula la utiliza la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (artículo 27) para el cálculo de los intereses de mora causados por el atraso en el pago de los cánones de arrendamiento, por lo que el débil jurídico: arrendatario, se ve compelido, de acuerdo a la interpretación que se dé a los artículos, a solicitar información en el Banco Central de Venezuela, a verificar las tasas pasivas promedio, etc.

Aceptar que en materias de interés social, como todas las relacionadas con la vivienda, la tuición del Estado se hace laxa en contra de los débiles jurídicos, y que se les obliga a realizar operaciones para lo cual se aumentan sus gastos, ya que requieren de personas con conocimientos técnicos para que los realicen, resulta a juicio de esta Sala, un desmejoramiento en el derecho de obtener información adecuada, que es un beneficio que se proyecta más allá del artículo 117 constitucional, y que agrava aún más la situación de a quién le capitalizan los intereses”.

Atendiendo a lo anterior, y teniendo en cuenta que en autos cursan denuncias tramitadas ante el INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU), ante la Fiscalía General de la República y ante la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS (SUDEBAN) (ver, los anexos en carpetas que forman los autos) sobre el cobro de intereses sobre intereses, y visto que de las pruebas admitidas y evacuadas en autos no quedó demostrado el anatocismo alegado por la parte actora, esta Sala ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS ejerza las atribuciones conferidas en los artículos 223.7 y 235, numerales 9, 12 y 15 de la Ley General de Bancos y Otras Institu-

ciones Financieras, que impida el anatocismo y de producirse sancione a quien incurra en dicha practica y que; en consecuencia, no autorice la utilización de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores; y que uniforme -mediante resolución- la fórmula de cálculo a ser aplicada al sistema de crédito por tarjetas de créditos, por parte de las diversas entidades bancarias. Así se decide.

Igualmente, si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas. A estos efectos, se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS verificar los cálculos en estos casos.

La Sala dispone que la aplicación del artículo 524 del Código de Comercio sólo es posible en los contratos de cuenta corriente bancaria, norma que es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la apertura de créditos y a ningún otro contrato bancario.

Decidido lo anterior, y visto que la Asociación Bancaria de Venezuela tiene –entre sus competencias- el de cooperar “...con el Consejo Bancario Nacional y con los Poderes Públicos en la adopción de las medidas que tiendan al mejoramiento de la actividad bancaria, sugiriendo las reformas legales y de cualquier índole que propenda a esa finalidad”, se niega la condenatoria solicitada por la parte actora a la ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y al CONSEJO BANCARIO NACIONAL, en el número 1 de su petitorio, para que “...diseñen y estructuren un mecanismo de cálculo para las Tarjetas de crédito que no contemple el cobro de intereses sobre intereses, es decir, que se rija por las formas de cálculo lineal del crédito [...] y a que instruyan a sus miembros para que informen a los usuarios de Tarjetas de Crédito en forma clara, transparente, y oportuna sobre las fórmulas de cálculo, contratos de adhesión y demás circunstancias que rodean la materia [...]”.

Los mecanismos de cálculo deben ser ordenados por la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, quien deberá velar porque las instituciones bancarias remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines de que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas. A tales estados de cuenta debe aplicarse por analogía lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y los estados de cuenta, deben ser entregados ciertamente en las direcciones señaladas en los contratos, incluyendo las direcciones electrónicas.

Por otra parte, la Sala observa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 constitucional, el Banco Central de Venezuela es:

“[...] persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley”.

Y según dispone, el artículo 32 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que:

“Artículo 32. Los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras, estarán sometidas a las disposiciones que en materia de encaje y tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela”.

Por su parte, los artículos 7.3 y 49 de la Ley del Banco Central de Venezuela, establecen lo siguiente:

“Artículo 7. Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones:

...omissis...

3. Regular el crédito y las tasas de interés del sistema financiero”.

“Artículo 49. El Banco Central de Venezuela es el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero. En el ejercicio de tal facultad podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen.

El Banco Central de Venezuela queda facultado para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. El Banco podrá efectuar esta fijación aun cuando los servicios u operaciones accesorias sean realizados por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos e instituciones de crédito. Queda igualmente facultado para fijar las tarifas que podrán cobrar dichos bancos o institutos de crédito por los distintos servicios que presten. Las modificaciones en las tasas de interés y en las tarifas regirán únicamente para operaciones futuras”.

La tasa de interés aplicable por las entidades bancarias y financieras, no ha sido regulada recientemente por el Banco Central de Venezuela, tal y como quedó demostrado en autos, con las propias declaraciones de la representante judicial de dicha institución, emitidas en el acto realizado en este proceso el 15 de marzo de 2007.

En el escrito de contestación de la demanda, la apoderada judicial del Banco Central de Venezuela afirmó que *“...atendiendo al propósito de regular el mercado crediticio de acuerdo con las necesidades de la economía del país, el Instituto Emisor dictó la Resolución N° 97-07-02 del 31 de julio de 1997”,* la cual fue publicada en *Gaceta Oficial N° 36.264 del 7 de agosto de 1997,* cuya copia acompañó a dicho escrito. Y del texto de dicha Resolución se desprende, que la misma no fue fijada en forma expresa sino que se dejó al arbitrio de las entidades pues se señaló, tanto en su artículo 1 como en el 2, lo siguiente:

“[...] será pactada en cada caso por las referidas instituciones con sus clientes, tomando en cuenta las condiciones del mercado financiero”.

Además, aun cuando sobrevenidamente el Banco Central de Venezuela reguló la tasa máxima de interés aplicable a las operaciones de crédito, incluido el crédito al consumo, en la Resolución N° 06-01-01 de dicho ente, publicada en la *Gaceta Oficial N° 38.370 del 1° de febrero de 2006,* en la que se dispuso en su artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1: Los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidos por el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas, incluidos los créditos al consumo, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reporto y anticipo del Instituto de conformidad con lo previsto en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 01-05-01 de fecha 15 de mayo de 2001, reducida en cero coma (0,5) puntos porcentuales, excepción hecha de los regímenes regulados por leyes especiales.

Parágrafo Único.- De conformidad con lo previsto en la Resolución N° 01-05-01 del 15 de mayo de 2001, la tasa de interés que rige para las operaciones de asistencia crediticia del Banco Central de Venezuela será anunciada y publicada periódicamente en la página web

del Instituto. Asimismo, a los efectos previstos en los artículos 2 y 3 de esta Resolución, igual tratamiento se dará a la tasa de interés aplicable por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones de absorción a veintiocho (28) días”.

La Sala estima que, debido a la importancia de este tipo de financiamientos en la calidad de vida de sus usuarios, es imperativo que el BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, conforme a las normas citadas en este fallo y a lo dispuesto en el artículo 299 constitucional, determine las tasas de interés que pueden cobrar a los usuarios, los emisores de tarjetas de crédito, tomando en cuenta los aspectos específicos de este tipo de negocio. Esa determinación de la tasa debe efectuarla el Banco Central de Venezuela, tomando en cuenta el interés social y la realidad actual imperante en materia crediticia; no obstante, esta Sala haya señalado en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, que:

“Considera la Sala que el mercado hipotecario es disímil de otros mercados, como el de financiamiento de vehículos, tarjetas de crédito, etc, y que las tasas a regir en dicho mercado, tiene componentes propios que deben ser tomados en cuenta para su determinación, utilizando métodos análogos a los de las fórmulas para fijar las tasas que rigen en áreas de interés social, como la agrícola o la relativa a los pasivos laborales”.

Ello no significa que la tasa máxima deba ser igual a la que se ha establecido para otras operaciones de crédito, pero si debe responder a los principios de equidad y proporcionalidad -como lo aseveró el testigo Rodríguez Moreno- en el sentido de tomar en consideración una serie de parámetros, como lo sería el encaje legal y el riesgo que con ellas debe correr el operador bancario, y la necesaria rectificación deviene hoy en día de la evidente diferencia (hasta del doble y más del mismo) entre las tasas de interés que se han previsto para créditos como el hipotecario y las que se mantiene para tarjetas de crédito u otros créditos personales.

A estos fines, para la Sala es claro que la facultad que el artículo 49 de la Ley del Banco Central de Venezuela, otorga a dicho Banco para regular las tasas de interés del sistema financiero, no debe entenderse como que el Banco Central de Venezuela –a su criterio- pueda no determinar la tasa de intereses activas o pasivas en esta materia de interés social, donde los intereses no pueden quedar, a los fines de tal determinación, en cabeza de los acreedores. Por ello, en sentencia del 24 de enero de 2002, recaída en el caso *Asodevpirilara*, la Sala al respecto señaló:

“Tanto para la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 108) como para la citada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (artículo 28), es un deber del Banco Central de Venezuela fijar las tasas máximas de interés, lo cual es función indelegable, y que choca con las disposiciones de los Decretos con Rango y Fuerza de Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional y sus Normas de Operación, que dejan la determinación de los intereses a la tasa del mercado, pero que deben procurar el justo equilibrio entre el trato preferencial para el prestatario y la justa remuneración para los ahorristas habitacionales, por lo que los artículos 102 y 118 de las Normas de Operación vigentes los cuales son idénticos en su esencia, señalan parámetros para su cálculo, en los préstamos hipotecarios a corto y largo plazo otorgados a las personas que legalmente reciben asistencia habitacional.

La falta de equilibrio y justeza en el cálculo de intereses, en los préstamos habitacionales, a juicio de esta Sala, podría convertir el cobro de interés en usurarios, así no se trate de conductas delictivas, ya que las leyes comentadas no señalan organismos que fijen los intereses máximos.

... Omissis...

Las normas inmediatamente citadas contradicen los artículos 7.3 y 21.12 de la Ley del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial N° 37.296 de 3 de octubre de 2001), que expresan que el Banco Central de Venezuela regulará las tasas de interés del sistema bancario.

Siendo el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero, a pesar que el artículo 49 de la Ley que lo rige señaló que podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras privadas o públicas regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen, el Banco Central de Venezuela está obligado a fijarlas ya que si no el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario quedaría tácitamente derogado, y el artículo 28 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras quedaría sin aplicación, e incluso el artículo 122 de la propia Ley del Banco Central de Venezuela, que pena a los bancos e instituciones financieras que infringen las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en materia de tasas de interés, quedaría sin vigencia. Se trata de servicios propios del Banco Central que de acuerdo a la ley le corresponden, tal como lo prevé el artículo 7.13 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Consecuencia de las normas citadas, es que en materia de préstamos destinados a la política y la asistencia habitacional, las tasas de interés máximas cobrables a los préstamos deben ser establecidas por el Banco Central de Venezuela (siendo este un deber y no un poder), al igual que las tasas máximas de interés que regirán los préstamos que otorgue la Banca y otras Instituciones Financieras, fuera de la asistencia habitacional. De no ser así, el Banco Central de Venezuela, incumple el objetivo que le señala el artículo 5 de la ley que lo rige, cual es: contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional, atendiendo a los fundamentos del régimen socio-económico de la República” (resaltado de este fallo).

En consecuencia, la Sala ordena al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, a partir de esta fecha determinar anualmente la tasa máxima y mínima de intereses que devengarán los emisores de tarjetas de crédito, e igualmente fijar la tasa de intereses a favor del tarjetahabiente, si pagase más de lo adeudado o existiese en la relación una suma a su favor. Así se decide.

Respecto a la determinación solicitada por la parte actora de “[...] el mecanismo y las condiciones legales necesarias, que permitan el establecimiento razonable de un sistema equitativo para las partes que produzca beneficios en su justa medida [...]”, esta Sala observa que en los contratos de adhesión debe incluirse como cláusula, que cualquier cargo indebido que se haga al tarjetahabiente, por consumos que no le sean atribuibles directa o indirectamente, no podrán ser cobrados a él, cuando personas diferentes al tarjetahabiente, hayan hecho uso de la tarjeta y, en consecuencia, al tarjetahabiente no podrán serle cobrados, a menos que se pruebe su culpabilidad, ya que quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce en la sociedad el sistema y quien por lo tanto, es quien debe correr con los riesgos del negocio que está explotando, pues dichos riesgos no pueden trasladarse al tarjetahabiente, quien no tiene ningún control sobre los sistemas de seguridad de los bancos y los comercios.

Esto no excluye la responsabilidad del tarjetahabiente de informar de inmediato, la pérdida o extravío de su tarjeta, a fin que el instituto financiero la suspenda al recibir la notificación escrita, electrónica o telefónica.

Por otra parte, esta Sala estima que debe existir una protección expresa hacia los usuarios frente a prácticas abusivas de los prestadores de servicios, como lo son en este caso, las entidades bancarias, pues así lo ordena el artículo 117 constitucional- que prevé –entre otros- la protección y defensa de los consumidores; norma que ha sido desarrollada legalmente en ley especial, como lo es la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual en su artículo 6 establece como derechos de los usuarios, los siguientes:

“Artículo 6. Derechos. *Son derechos de los consumidores y usuarios:*

1. *La protección de su salud y seguridad en el consumo de bienes y*
2. *La adquisición de bienes o servicios en las mejores condiciones de calidad y precio que permita el mercado, tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso de bienes y servicios nacionales y extranjeros.*
3. *La información suficiente, oportuna, clara y veraz sobre los diferentes bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado, con especificaciones de precios, cantidad, peso, características, calidad, riesgos y demás datos de interés inherentes a su naturaleza, composición y contraindicaciones que les permita elegir de conformidad con sus necesidades y obtener un aprovechamiento satisfactorio y seguro.*
4. *La promoción y protección jurídica y administrativa de sus derechos e intereses económicos y sociales en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado.*
5. *La educación e instrucción sobre sus derechos como consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como los mecanismos de defensa y organización para actuar ante los órganos y entes públicos existentes.*
6. *La indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios atribuibles a responsabilidades de los proveedores en los términos que establece la presente Ley.*
7. *La protección de los intereses individuales o colectivos en los términos que establece esta Ley.*
8. *La protección contra la publicidad subliminal, falsa o engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos del consumidor y el usuario en los términos expresados en esta Ley.*
9. *La constitución de asociaciones, ligas, grupos, juntas u otras organizaciones de consumidores o usuarios para la representación y defensa de sus derechos e intereses.*
10. *La recepción de un trato no discriminatorio.*
11. *El ejercicio de la acción ante los órganos administrativos y jurisdiccionales en defensa de sus derechos e intereses mediante procedimientos breves establecidos en la presente Ley y en su Reglamento.*
12. *El disfrute de bienes y servicios producidos y comercializados en apego a normas y métodos que garanticen una adecuada preservación del medio ambiente.*
13. *Los demás derechos que la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** y las leyes establezcan”.*

Por ello, se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS dictar la normativa donde impida que los negocios afiliados al sistema constrañan a las personas a pagar las cuentas con tarjetas de créditos o de débito, si el cliente desea pagar en efectivo. Así mismo, se ordena al INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU) impedir que los negocios afiliados incrementen los precios de los bienes o servicios debido al pago de dichos bienes con tarjetas de crédito.

En cuanto a los gastos de mantenimiento, renovación y cobranza de las tarjetas de crédito, lo cual consta a la Sala, se cobran a los usuarios del sistema debido a lo que emana de los estados de cuenta, que cursan en el expediente, por lo que se estima que dichos gastos corresponden al emisor y no al usuario, pues los mismos son necesarios para que el negocio jurídico del emisor tenga lugar y, es por ello que se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE

BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS eliminar –mediante Resolución- el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos –como antes se apuntó- son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

De allí que resulten inaplicables en lo adelante las tarifas y comisiones que para dichos gastos aparecen fijadas (como mínimo, promedio y máximo) para cada entidad bancaria, en la página web del Banco Central de Venezuela, la cual fue consultada por esta Sala, de manera oficiosa.

Ha sido parte de esta litis, la alegación sobre la forma abusiva en el cobro a los deudores por parte de los emisores, que los accionantes solicitan se prohíba.

A este fin se denuncia que hay cobros mediante llamadas telefónicas reiterativas que se hacen a los deudores, en horas de la noche o la madrugada, así como amenazas. Aunque ello no quedó probado plenamente, tratándose de una acción de intereses difusos, donde se trata de proteger la calidad de la vida de los ciudadanos, lo que incluye la tuición de la dignidad de las personas, esta Sala prohíbe todo tipo de coerción extrajudicial al pago, mediante llamadas telefónicas reiterativas al deudor, o mediante llamadas nocturnas, entre las 6:00 pm. y 7:00 am.; así como cualquier medio abusivo de cobro extrajudicial, tales como publicaciones de prensa o por vía de Internet de nombres de los deudores.

Por último, se advierte que el mandamiento y órdenes contenidas en este fallo deberán ser acatadas por los órganos a los cuales van dirigidas, so pena de que les sea impuesta la sanción a que se refiere el numeral 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la acción intentada por los ciudadanos Roberto León Parilli, Mario Luis Sánchez Araujo y Wolfgang Cardoso Espinel, en su condición de Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidente de Operaciones, en ese orden, de la asociación civil ALIANZA NACIONAL DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (ANAUCO) y; en consecuencia, se decide lo siguiente:

*1.- Dadas las amenazas de inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI), y atendiendo a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 212 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en Gaceta Oficial de la República N° 5555 del 13/11/2001, se **ORDENA** al CONSEJO BANCARIO NACIONAL "...informar a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras los casos de desacato o desatención por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, a las prácticas bancarias identificadas y mejoradas por el Consejo, a los fines de que ésta pueda imponer los correctivos a que hubiera lugar...", y a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, que ejerza su atribución de inspección, supervisión y vigilancia de los bancos, y tome las medidas pertinentes para que las entidades bancarias cumplan con el mandamiento contenido en el fallo de esta Sala, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 2 y 213, 235.12 de la Ley citada.*

Se **ORDENA** a los entes aquí señalados informar a esta Sala de los resultados de este mandato.

2.- **DESESTIMA** el alegato de inadmisibilidad formulado por la representación del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA y del MINISTERIO PÚBLICO, toda vez que no encuentra la inepta acumulación de pretensiones alegada, ni tampoco que la acción esté incurso en alguna otra causal de inadmisibilidad a que se refiere el artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

3.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS que impida el anatocismo y sancione a quienes lo practiquen y que; en consecuencia, no autorice la aplicación por parte de las entidades bancarias o financieras de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores. Igualmente, si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas.

A estos efectos, se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS verificar los cálculos en estos casos.

La Sala **DISPONE** que la aplicación del artículo 524 del Código de Comercio sólo es posible en los contratos de cuenta corriente bancaria, norma que es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la apertura de créditos y a ningún otro contrato bancario.

4.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS que uniforme la fórmula y metodología del cálculo de los intereses de cualquier tipo, a ser aplicada al sistema de crédito por tarjetas de créditos, por parte las diversas entidades bancarias, lo que debería ser informado a los usuarios. Igualmente, dicho ente deberá velar porque las instituciones bancarias remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines de que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas. A tales estados de cuenta debe aplicarse por analogía lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y los estados de cuenta, deben ser entregados ciertamente en las direcciones señaladas en los contratos, incluyendo las direcciones electrónicas.

5.- Se **ORDENA** al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA fijar anualmente y de inmediato a este fallo, la tasa de interés máxima y mínima para las tarjetas de crédito, con base en los principios de equidad y proporcionalidad, que protejan tanto al sistema crediticio como al consumidor del mismo, en esta especialidad.

6.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS dictar la normativa donde impida que los negocios afiliados al sistema constriñan a las personas a pagar las cuentas con tarjetas de créditos o de débito, si el cliente desea pagar en efectivo. Así mismo, se **ORDENA** al INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU) impedir que los negocios afiliados incrementen los precios de los bienes o servicios debido al pago de dichos bienes con tarjetas de crédito.

7.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS a dictar la normativa correspondiente a la materia de contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de créditos, y a poner a la orden de los usuarios por parte de las entidades bancarias, el texto de los referidos contratos, así estos se encuentren registrados ante una Oficina de Registro, ya que tal registro no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos. Para esta labor, la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS puede solicitar la colaboración de la Asociación Bancaria de Venezuela.

8.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS fije mediante Resolución, que en los contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de crédito, se incluya que los cargos productos de la utilización de la tarjeta por personas diferentes al tarjetahabiente, no se cobrarán a éste, por ser indebidos, a menos que se compruebe su culpabilidad en el hecho, ya que quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce en la sociedad el sistema y quien, en consecuencia, debe correr con los riesgos del negocio que está explotando, y quien debe asumir todos los sistemas de seguridad que impidan estos ilícitos, pues dichos riesgos no pueden trasladarse al tarjetahabiente, quien no tiene ningún control sobre los sistemas de seguridad de los bancos y los comercios.

Se considerará negligencia, y por tanto, culpa del tarjetahabiente, no denunciar ante el emisor, de inmediato, el extravío o pérdida de la tarjeta.

9.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS eliminar el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

10.- Se **PROHÍBE** todo tipo de coerción que no sea judicial para el cobro de los saldos de las tarjetas. El cobro extrajudicial deberá realizarse teniendo en cuenta la dignidad del ser humano, queda prohibida la utilización de mensajes telefónicos reiterados y practicados entre las 6:00 pm y 7:00 am siendo un hecho notorio que conoce esta Sala tal sistema de cobranza.

11.- Se **NIEGA** la condenatoria solicitada por la parte actora a la ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y al CONSEJO BANCARIO NACIONAL, para que “...diseñen y estructuren un mecanismo de cálculo para las Tarjetas de crédito que no contemple el cobro de intereses sobre intereses, es decir, que se rija por las formas de cálculo lineal del crédito [...] y a que instruyan a sus miembros para que informen a los usuarios de Tarjetas de Crédito en forma clara, transparente, y oportuna sobre las fórmulas de cálculo, contratos de adhesión y demás circunstancias que rodean la materia [...]”.

Se **ADVIERTE** que el mandamiento y órdenes contenidas en este fallo deberán ser acatadas por los órganos a los cuales van dirigidas, so pena de que les sea impuesta la sanción a que se refiere el numeral 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

2. Derechos Económicos: Derecho de Propiedad: Limitaciones

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario* N° 106 del 30 de abril de 1976.

El Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).

En segundo lugar, la parte actora denuncia la inconstitucionalidad de los artículos 72 y 158 del Código de Policía del Estado Lara, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 72º- Las autoridades de Policía velarán porque las poblaciones se mantengan en completo estado de aseo y limpieza. Los dueños de solares tienen la obligación de cortar y reparar el talud del terreno que ocupen de manera que la tierra que pueda desprenderse de ellos no caiga sobre las calles u otras construcciones. Los Prefectos ordenarán cuando lo crean necesarios (*sic*), la limpieza de los edificios y casas y sus respectivos solares.

Artículo 158º- Todo propietario de acequia cuyo trazo atraviere por fundo ajeno, camino público, curso de agua, o poblado, está en la obligación de construir a sus expensas, los puentes o cañerías que sean necesarios al libre tránsito, deberá construir además las obras necesarias para el drenaje de las aguas una vez utilizada, en forma de que no causen perjuicio a los fundos vecinos y mantenerla limpia.

Los puentes que se construyan sobre las acequias que atraviesan las vías públicas, deberán tener cuando menos el mismo ancho de la vía y la resistencia que exija las necesidades del tránsito. Quienes notificados de las obligaciones que le impone este Artículo no construyeren en el lapso señalado por el organismo competente las obras indicadas, serán penados con multa de quinientos a mil bolívares o arresto proporcional. La persistencia en la negativa acarreará pena de arresto hasta por treinta días”.

Respecto a estas normas, debe esta Sala precisar que las mismas constituyen, esencialmente, limitaciones legales a la propiedad predial, que tienen por objeto la utilidad privada, es decir, preceptos que tienen por objeto garantizar la armonía en las relaciones de convivencia del propietario de un inmueble con sus respectivos vecinos, siendo que tales normas no articulan las bases de ningún procedimiento, ni administrativo ni judicial, es decir, son de naturaleza netamente sustantiva, razón por la cual se concluye, que no tiene ningún sentido analizar la validez de las mismas bajo la óptica del principio de legalidad de las formas procesales, lo cual no obsta a que la constitucionalidad del artículo 158 pueda ser cuestionada por otras razones (tal como se ha hecho *supra*), ya que aquél prevé penas privativas de libertad. Aunado a lo anterior, debe afirmarse que una de las principales fuentes de esa facultad de los Estados para dictar normas de esta naturaleza, puede ubicarse en el texto del artículo 646 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 646.- Las limitaciones legales de la propiedad predial por utilidad privada, se rigen por las disposiciones de la presente Sección y por las leyes y ordenanzas sobre policía”.

De la anterior redacción legal, se desprende que el Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).

En tercer lugar, respecto a los artículos 11 en sus ordinales 11 y 14; 51, 53, 60, 63, 68, 92, 96, 97, 167, 173, 183, 201, 202, 203 (en lo que se refiere al deber de la policía de velar por el respeto del derecho a la inviolabilidad del hogar de las personas), esta Sala considera que si bien constituyen normas de adjudicación –menos el artículo 63-, no es menos cierto que su contenido está en armonía con el principio de legalidad de las formas procesales. El fundamento de esta afirmación descansa en que, tal como se indicó anteriormente, los Estados poseen la potestad de articular procedimientos administrativos a través de las leyes que dicten sus órganos legislativos, máxime cuando se trata de la base normativa para el ejercicio de una potestad de ordenación o de limitación. Siendo así, se considera que tales artículos tampoco contradicen los artículos 156.32 187.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así también se declara.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Silencio administrativo positivo*

TSJ-SPA (1217)

11-7-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

El acto autorizatorio tácito que se produzca por vía del silencio administrativo, queda revocado implícitamente, pues la negativa expresa materializada en actos administrativos formales, constituye el ejercicio de la potestad de autotutela de la administración, a través de la cual puede revisar y corregir sus actuaciones. (Artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.)

Por otra parte alegó la accionante que de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, *“la falta de contestación oportuna trae como consecuencia la acogida favorable de la solicitud planteada y por ende ya fue aprobada; es decir que siguiendo la norma legal, la solicitud planteada por mi representada, ya fue aprobada, aun y cuando posteriormente fue negada”*.

Sobre el particular, advierte la Sala que el silencio administrativo ha sido consagrado a favor de los administrados, para quienes una omisión de respuesta por parte de la Administración, no puede convertirse en merma de sus derechos. Es así como, el silencio administrativo de efectos positivos ha sido establecido para darle agilidad y flexibilidad a la actividad de policía que en determinadas materias realiza la Administración y constituye una garantía del particular, pues conduce a la posibilidad efectiva de realizar actividades que deben ser fiscalizadas por la Administración, siempre que para ello exista texto legal expreso.

No obstante, bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la tesis del silencio administrativo no basta para satisfacer el derecho a la oportuna respuesta, pues ahora se exige que tal respuesta deba ser adecuada, no sólo oportuna.

En este orden de ideas respecto al silencio administrativo, se aprecia que el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, con base en el cual el recurrente pretende dar por otorgada la autorización requerida, establece lo siguiente:

“En todo caso, el otorgamiento de las autorizaciones nacionales o regionales respectivas, deberá decidirse en un lapso de sesenta (60) días continuos, a contar del recibo de la solicitud respectiva. Vencido dicho lapso, sin que se hubiera otorgado o negado la autorización, se considerará concedida, a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva constancia”.

Ahora bien, resulta imperante para la Sala determinar, si la norma precedentemente transcrita es la aplicable al presente caso y si, como consecuencia de ello, es procedente entender como otorgada la autorización, que según alega el recurrente, le fue negada mediante acto expreso, después de operar el silencio positivo.

Al respecto, cabe advertir que esta Sala, en sentencia N° 00162 de fecha 3 de marzo de 2004, estableció lo siguiente:

“...el lapso de sesenta (60) días otorgado a la Administración para resolver las solicitudes de ocupación del territorio previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, no es aplicable a aquellos casos donde la ocupación pretenda realizarse en alguna región donde no exista un Plan de Ordenación (...) en efecto, establece el artículo 53 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio lo siguiente:

‘La ejecución de actividades por particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, deberá ser autorizada previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, conforme a lo previsto en el Capítulo II del Título IV, a los efectos de conformidad con dichos planes, dentro de sus respectivas competencias (...)’

La norma parcialmente transcrita, la cual encabeza el capítulo de la Ley en referencia intitulado ‘De las Autorizaciones Administrativas’ indica que las pautas y lapsos contemplados en ese Capítulo, se aplicaran a aquellas autorizaciones para ocupación territorial de alguna región en la cual exista un Plan Regional de Ordenación”.

De conformidad con lo anterior, se pudiera concluir que en el presente caso, dada la existencia del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, dictado mediante Decreto N° 2.299 del 5 de junio de 1992, Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 35.133 del 18 de enero de 1993, resultaría aplicable entonces la consecuencia jurídica prevista en el precitado artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, esto es, el silencio administrativo positivo.

No obstante lo anterior, deben observarse las previsiones legales establecidas en el citado Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, el cual establece:

“Artículo 2°: Este Decreto establece los Lineamientos y Directrices previstos en el Plan de Ordenamiento de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, los criterios para asignar los usos y su zonificación y condiciones de desarrollo. Regula la ejecución de las actividades que puedan ser realizadas por el sector público o por el sector privado.

“Artículo 12: Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que pretendan efectuar afectaciones de los recursos naturales dentro de la Zona Protectora, requerirán de una autorización o permiso otorgado por la Autoridad Única de Área, para tal fin, los interesados deberán presentar una solicitud por triplicado anexando los siguientes recaudos:

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: *La Autoridad Única de Área requerirá al solicitante, en los quince (15) días hábiles, siguientes a la fecha de recepción de la solicitud y por una sola vez, cualquier otra documentación racionalmente indispensable, para su estudio, transcurrido este lapso, la solicitud será tramitada con los recaudos presentados conforme a los numerales de este artículo y le corresponde a la Autoridad Única de Área manifestar su decisión en el lapso máximo de sesenta (60) días continuos, contados a partir del último requerimiento de información”.*

Ahora bien, se evidencia del expediente administrativo que el accionante planteó la correspondiente solicitud el 24 de septiembre de 1996 y la Administración dio respuesta expresa en 13 de enero de 1997, constatándose en consecuencia, que la negativa al requerimiento por parte de la Gerencia General de la Autoridad Única de Área Agencia de Cuenca del Río Tuy y de la Vertiente Norte de la Serranía del Litoral del Distrito Federal y Estado Miranda, se produjo 43 días después de los sesenta (60) días establecidos en la norma precedentemente transcrita. En orden a lo anterior, es imperante precisar que ha sido criterio reiterado de esta Sala, que el acto autorizatorio tácito que se hubiese producido por vía del silencio administrativo, queda revocado implícitamente, pues la negativa expresa materializada en actos administrativos formales, constituiría el ejercicio de la potestad de autotutela de la

administración, a través de la cual puede revisar y corregir sus actuaciones, todo de conformidad con los términos expuestos en los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, la disposición que establece el silencio positivo, debe ser aplicada teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 56 y 70 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, el cual consagra, que serán nulas y sin ningún efecto, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio; así como lo dispuesto en el artículo que expresa que los actos administrativos contrarios a los planes de ordenación del territorio se consideran nulos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios.

Es decir, la autorización que debe acordarse en virtud del silencio positivo, no podrá serlo en contravención a la Ley, puesto que un silencio de la Administración nunca podrá tener un efecto derogatorio.

En consecuencia, habiendo mediado un acto que expresamente señala que la autorización de uso solicitada interfería con la zona protectora de ley, no se materializó el silencio positivo alegado por el recurrente. Así se declara.

2. *Actos Administrativos: Vicios: Falso supuesto e inmotivación*

TSJ-SPA (1217)

11-7-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

Es posible la existencia simultánea de los vicios de falso supuesto e inmotivación, cuando los argumentos respecto de este último vicio no se refieran a la omisión de las razones que fundamentan el acto, sino que estén dirigidos a evidenciar una motivación contradictoria o ininteligible, es decir, cuando el acto haya expresado las razones que lo fundamentan pero en una forma que incida negativamente en su motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante.

Establecido lo anterior, se advierte que el recurrente planteó además que el acto impugnado incurre en el vicio de inmotivación y de falso supuesto, razón por la cual debe señalarse, que la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha dejado sentado que invocar conjuntamente la ausencia de motivación y el error en la apreciación de los hechos o en la aplicación de los fundamentos de derecho -vicio en la causa- es contradictorio pues ambos se enervan entre sí; en razón de ello, cuando se aducen razones para destruir la apreciación de la Administración dentro del procedimiento formativo del acto, es porque se conocen los motivos del mismo, de manera que resulta incompatible que por un lado se exprese que se desconocen los fundamentos del acto y por otro se califique de errada tal fundamentación; de allí que la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto, ha venido siendo desestimada por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. (Entre otras, sentencias de esta Sala N° 3405 del 26 de mayo de 2005, 1659 del 28 de junio de 2006, 1137 del 4 de mayo de 2006).

No obstante lo anterior, es menester señalar que esta Sala se ha pronunciado sobre el vicio de motivación contradictoria (Sentencia N° 1.930 del 27 de julio de 2006), indicando sobre el particular lo siguiente:

“(…) la inmotivación (tanto de los actos administrativos como de las sentencias) no sólo se produce cuando faltan de forma absoluta los fundamentos de éstos, sino que puede incluso verificarse en casos en los que habiéndose expresado las razones de lo dispuesto en el acto o decisión de que se trate, éstas, sin embargo, presentan determinadas características que inciden negativamente en el aspecto de la motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante. Por ende, la circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella.”

Al respecto se observa, que el vicio de inmotivación alegado por la parte actora fue argumentado bajo los siguientes términos:

“Adolece del vicio de inmotivación toda vez que el funcionario decisor, no se pronunció acerca de los alegatos presentados por mi en nombre de mi representada, ni acerca de las pruebas consignadas en el expediente (estudio geológico y fotografías presentadas), ni tampoco se pronunció acerca de que dada la correlación de fechas y los lapsos se vencieron a favor de mi representada”.

Como se puede apreciar, la Sala en el fallo precedentemente transcrito, admite la posibilidad de la existencia simultánea de los vicios de falso supuesto e inmotivación, cuando los argumentos respecto de este último vicio no se refieran a la omisión de las razones que fundamentan el acto, sino que estén dirigidos a evidenciar una motivación contradictoria o ininteligible, es decir, cuando el acto haya expresado las razones que lo fundamentan pero en una forma que incida negativamente en su motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante. Lo antes expuesto no se corresponde con lo alegado por el recurrente en el presente caso, toda vez que estimó que la Resolución impugnada adolece del vicio de inmotivación por cuanto a su juicio, la Administración no se pronunció acerca de los alegatos expuestos y a las pruebas consignadas en el expediente, o sobre circunstancias del caso contenidas en los autos del expediente administrativo, supuesto que no es asimilable a la motivación contradictoria del acto sino al vicio de falso supuesto de hecho. Por consiguiente, esta Sala desecha el alegato relativo a la inmotivación del acto recurrido y reserva su análisis a los argumentos esgrimidos respecto del falso supuesto de hecho. Así se declara.

3. *La actividad de policía administrativa*

TSJ-SC (1744)

9-8-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30 -4-1976.

La policía administrativa (en sentido orgánico e institucional), a través de su actividad, tiene la misión de asegurar ese mínimo de normalidad de la convivencia, de la vida comunitaria jurídicamente organizada, a través de la materialización de medidas preventivas y represivas (excluyendo, por supuesto, a los arrestos).

En tercer lugar, el contenido de los artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara también fue considerado inconstitucional por la representación de la Defensoría del Pueblo, por ser violatorio del principio de legalidad.

Esos enunciados normativos disponen lo siguiente:

“Artículo 59°- La Policía impedirá el que se prostituyan las mujeres. Al efecto tomará medidas que exijan las buenas costumbres y la tranquilidad pública”.

“Artículo 68°- Queda terminantemente prohibido fumar en los Salones de espectáculos públicos; así como también formar escándalos. Los Agentes de Policía harán desocupar inmediatamente del Salón o del lugar a los espectadores que contravinieren esta disposición”.

Respecto a esta norma, esta Sala considera que las mismas constituyen una clara manifestación de la actividad de policía administrativa –destinada a tutelar la seguridad ciudadana-, siendo que tal actividad, a su vez, constituye una manifestación de la actividad de ordenación o de limitación, la cual constituye una de las actividades típicas de las Administración.

La seguridad ciudadana, concebida como el eje central que sustenta la mencionada especie de la actividad de ordenación o limitación, se encuentra consagrada en el propio texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La piedra angular de tal regulación se encuentra en el artículo 55 del Texto Constitucional, el cual señala:

“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.

Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

Por su parte, el artículo 332 *eiusdem* también contiene directrices referidas al régimen de la seguridad ciudadana, al establecer lo siguiente:

“Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional.
2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres.

Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y en la ley”.

Ahora bien, el Decreto con Fuerza de Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.318, del 6 de noviembre de 2001, ha desarrollado el contenido de tales normas constitucionales, definiendo a la seguridad ciudadana (artículo 1), como el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a proteger su integridad física y propiedades.

Por su parte, el artículo 2 del referido decreto, estructura el catálogo de los órganos encargados de velar por el mantenimiento de la seguridad ciudadana, rezando dicha norma de la siguiente forma:

“Artículo 2°. Son órganos de Seguridad Ciudadana:

1. La Policía Nacional.
2. Las Policías de cada Estado.
3. Las Policías de cada Municipio, y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las Policías Metropolitanas.
4. El Cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
5. El cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil.
6. La organización de protección civil y administración de desastre” (Subrayado del presente fallo).

Siguiendo las enseñanzas de PAREJO ALFONZO, debe afirmarse que el núcleo del concepto de seguridad ciudadana radica en la idea de normalidad mínima. Así, la seguridad ciudadana constituye la cifra misma de esa normalidad mínima, según resulta del ordenamiento jurídico en vigor. Esa normalidad configura el presupuesto esencial para la efectividad y el funcionamiento de ese ordenamiento.

En este contexto, la acción de policía tiene por objeto garantizar esa normalidad mínima, es decir, su mantenimiento y, en su caso, su restablecimiento, con imposición, si procede, de las sanciones correspondientes por las infracciones cometidas (v PAREJO ALFONZO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 2, Quinta edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 118).

En otras palabras, la policía administrativa (en sentido orgánico e institucional), a través de su actividad, tiene la misión de asegurar ese mínimo de normalidad de la convivencia, de la vida comunitaria jurídicamente organizada, a través de la materialización de medidas preventivas y represivas (excluyendo, por supuesto, a los arrestos).

Sobre este último aspecto, el señalado autor afirma:

“...Ese grado mínimo de regularidad o normalidad en que la seguridad ciudadana consiste es una exigencia y una consecuencia del ordenamiento jurídico en su conjunto o globalmente considerado (presidido por la Constitución, en la que los derechos fundamentales tienen una posición preferente). Y ello, porque dicho grado mínimo es presupuesto de la efectividad de ese ordenamiento. Ésta es la razón de la enorme amplitud del concepto de seguridad ciudadana, pues tiene que abarcar necesariamente cuantos hechos o acciones puedan incidir (con independencia de su naturaleza) en aquella efectividad de forma que la cuestionen en *un grado que implique la ruptura del mínimo antes expresado...*”. (Cfr. PAREJO ALFONZO, *Ob. Cit.*, p. 119).

Del análisis del contenido de los mencionados artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara, a la luz de las consideraciones legales y doctrinales antes explanadas, esta Sala estima que no existe antinomia entre el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las mencionadas normas estatales, toda vez que en la redacción de éstas no se encuentra inserta la descripción de un tipo de delito, ni tampoco el establecimiento de una pena privativa de libertad; lejos de ello, su enunciado contiene una prohibición llevar a cabo actividades y negocios vinculados a la prostitución (artículo 59), así como también la prohibición de fumar u ocasionar escándalos en los salones de espectáculos públicos (artículo 68), entendiendo el vocablo “*escándalo*” como alboroto, tumulto o disturbio; y de igual forma, en dichas normas se establecen como consecuencias jurídicas de

la verificación de la hipótesis normativa en ellas contempladas 1.- la ejecución de medidas que exijan las buenas costumbres y la tranquilidad pública (por supuesto, excluyendo cualquier clase de privación de la libertad ambulatoria); y 2.- el desalojo –a cargo de los agentes de policía- de los espectadores que contravinieren tal prohibición, respectivamente, todo lo cual apunta al mantenimiento de ese grado de normalidad mínima en la convivencia y de la vida comunitaria jurídicamente organizada, que configura el contenido de la seguridad ciudadana –antiguamente denominada orden público-, es decir, dichas normas estatales constituyen mecanismos que coadyuvan al mantenimiento de la seguridad ciudadana.

En consecuencia, los artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara, al encontrarse en armonía con el Texto Constitucional, resisten el examen de su constitucionalidad, y así se declara.

4. *Contratos Administrativos: Concesiones Administrativas*

TSJ-SPA (1337)

31-7-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Radio Caracas Televisión RCTV C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

El vencimiento de una concesión es un hecho fatal que se configura con el solo paso del tiempo, de allí que no sea necesario ningún pronunciamiento expreso por parte de la Administración sobre tal devenir y, mucho menos, la tramitación de un procedimiento para pronunciarse sobre una solicitud presentada sobre cuestiones relativas a dicha concesión con ocasión a su vencimiento, por lo que, en este caso, no se evidencia *prima facie* el vicio de ausencia absoluta de procedimiento.

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada por la parte recurrente, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de que esta Sala ordene al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática “...*que tome todas las [medidas] necesarias a los fines de que RCTV pueda volver a operar como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que había venido operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación...*”. A tal efecto, la Sala observa:

Es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren. En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo de nulidad por remisión expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone en el Parágrafo Único de su artículo 588, lo siguiente:

“Artículo 588. (...) Parágrafo Único: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. ...”.

De acuerdo con la norma transcrita, en concordancia con lo previsto en el artículo 585 del mencionado Código adjetivo, la procedencia de cualquier medida cautelar está condicionada al cumplimiento concurrente de varios requisitos, a saber: (a) Que se presuma la existencia del buen derecho cuya protección se persigue con la medida cautelar (*fumus boni iuris*), esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil; (b) Que exista riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en la obtención de la sentencia definitiva; y, adicionalmente, se requiere para el decreto de las medidas innominadas, el *periculum in damni* o el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En lo que atañe a la presunción de buen derecho, debe precisarse que dicho requisito se configura cuando el juzgador evidencia que la petición respecto a la cual se solicita la protección cautelar tiene la apariencia de su conformidad al derecho, sin recurrir a un estudio detallado y profundo de lo que constituye el *thema decidendum* del caso. Se trata, entonces, de verificar la apariencia favorable del derecho que se alega conculcado.

En cuanto al *periculum in mora*, la jurisprudencia pacífica de esta Sala siempre han apuntado a que su verificación no se limite a la mera hipótesis o suposición sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho, si éste existiese; bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo que burlen o desmejoren la efectividad de la sentencia esperada.

Y, finalmente, en lo que se refiere al *periculum in damni*, éste se erige como el fundamento de la medida cautelar innominada que determina la decisión del tribunal para actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, la acreditación de los mencionados requisitos constituye una carga para el solicitante de la medida, lo cual hará valer mediante el uso de los medios probatorios establecidos en el ordenamiento jurídico, debiendo el juzgador verificar la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza de los mencionados requisitos a los efectos de decretar o no la medida cautelar, por lo que su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar. Por otra parte, resulta pertinente resaltar que al tratarse la medida cautelar innominada de un medio para garantizar los efectos de la sentencia definitiva, ésta al ser acordada, no debe comportar carácter definitivo sino que habrá de circunscribirse a la duración del recurso judicial incoado; y, por tanto, debe ser susceptible de revocatoria cuando varíen o cambien las razones que inicialmente justificaron su procedencia, además de ser lo suficientemente acorde con la protección cautelar requerida para cada caso, no pudiendo el juez incurrir en exceso o disminución en cuanto al ámbito o extensión de la medida (*Vid.* Sentencia N° 964 del 1° de julio de 2003).

Aplicando las reglas antes expuestas al examen de la medida cautelar a que se contrae la presente solicitud, del análisis efectuado sobre el contenido del expediente y atendiendo a los alegatos de la parte recurrente, la Sala advierte lo siguiente:

Los apoderados actores fundamentan el requisito del *fumus boni iuris* en la presunta violación de una serie de principios generales del derecho y del procedimiento administrativo, y en vicios que, según sus dichos, afectan a los actos recurridos. Los argumentos relativos a la presunta violación de los principios de jerarquía, de inderogabilidad singular de los reglamentos, de buena fe, confianza legítima e identidad y el vicio de falso supuesto

esgrimidos por la parte recurrente se apoyan principalmente en la existencia de un supuesto derecho de preferencia a la extensión de los títulos de RCTV, C.A., conforme a lo previsto en la normativa legal anterior a la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 del 12 de junio de 2000, y en la interpretación que la Administración le ha dado a dicha normativa, como la contenida en el Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987. Al respecto, cabe señalar que la presunta existencia de ese derecho de preferencia viene a ser uno de los puntos relevantes a determinar en la controversia planteada y con base al cual la parte recurrente pretende seguir operando como estación de televisión abierta en las frecuencias que le había asignado el Estado a tales fines.

En este sentido, para poder verificar la existencia del supuesto derecho de preferencia a la extensión de los títulos, debe necesariamente examinarse en primer lugar, la aplicación del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras del 27 de mayo de 1987, y posteriormente interpretar ese Decreto a la luz de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, entre otras disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico vigente; análisis que evidentemente no puede ser realizado en esta etapa del proceso, por constituir un pronunciamiento de la sentencia definitiva que ha de recaer en este caso.

Por otra parte, en cuanto a la presunta violación de los principios de proporcionalidad y “*racionalidad*” a los que también se alude, debe señalarse que el estudio de los planteamientos en que se fundamenta tal denuncia implicaría para la Sala un examen sobre la existencia de las frecuencias disponibles en el espectro radioeléctrico, la situación jurídica de RCTV, C.A. y de otros operadores en cuanto a la vigencia de sus concesiones, además del estudio sobre el ejercicio de la potestad del Estado para hacer uso del referido espectro radioeléctrico; análisis que no corresponde ahora realizar sino que debe ser efectuado propiamente en la decisión del fondo del asunto.

Igualmente sucede con la denuncia del vicio de desviación de poder formulada por los apoderados judiciales de RCTV, C.A., cuyos términos obligarían a determinar si la actuación de la Administración estuvo apegada a la Ley.

No obstante lo anterior, del texto de los actos recurridos evidencia la Sala que la actuación del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, responde al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de garantizar servicios públicos de televisión para cuyo propósito ha implementado nuevas políticas en materia de telecomunicaciones, de lo cual no se desprende, en esta etapa cautelar, la verificación del vicio de desviación de poder alegado por los recurrentes.

En cuanto al supuesto vicio de incompetencia manifiesta, denuncian los apoderados actores que dado el contenido de las declaraciones rendidas públicamente por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, esa autoridad administrativa debió inhibirse del conocimiento de la solicitud presentada posteriormente a tales declaraciones, esto es, el 24 de enero de 2007 por RCTV, C.A., conforme a lo establecido en el ordinal 3° del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el artículo 30 *eiusdem*, pues se adelantó opinión sobre la resolución del procedimiento referente a la transformación de los títulos de esa empresa para operar como televisión abierta en la frecuencia VHF.

Estima la Sala que para evidenciar el mencionado vicio, sería perentorio efectuar un análisis detallado de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones del referido Ministro, confrontándolos con los argumentos formulados por la parte recurrente y

las normas aplicables al caso de autos; sólo así podría verificarse la supuesta parcialidad y el adelantamiento sobre la resolución de la solicitud planteada por la parte recurrente, en que habría incurrido la Administración, lo cual no puede realizarse en esta etapa cautelar.

Respecto al presunto vicio de ilegalidad en el objeto, la parte recurrente afirma que de la lectura del artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se presume que los actos recurridos tienen un “objeto ilegal” toda vez que la creación de una estación de televisión abierta de servicio público implicaría que la República controlaría más de un canal en la frecuencia VHF por localidad.

Al respecto, se observa que el artículo 191 *eiusdem* establece:

“Artículo 191.- Ninguna persona natural o jurídica o grupo de personas podrá, por sí o por interpuesta persona, obtener en concesión o llegar a controlar más de una estación de radiodifusión o televisión abierta, en la misma banda de frecuencia por localidad. Esta misma restricción opera con relación a los accionistas de una empresa concesionaria.

Por reglamento podrán establecerse otras restricciones que garanticen la pluralidad y democratización en la distribución y uso de tales recursos.

En todo caso, el Estado podrá reservarse para sí frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión abierta, comprendidas en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF)”.

De la norma transcrita, estima la Sala que los recurrentes fundamentan la denuncia de ilegalidad en el objeto de los actos impugnados en su interpretación acerca del contenido del artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuanto a la potestad del Estado de reservarse frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión abierta y la supuesta limitación que dicho artículo prevé para que el Estado ejerza dicha facultad. Advierte la Sala, que este planteamiento constituye un mero análisis interpretativo y personal de los recurrentes que no puede ser examinado en sede cautelar, toda vez que un pronunciamiento acerca de este punto prejuzgaría sobre el fondo del asunto debatido al tener que verificarse la correcta interpretación y aplicación de la mencionada norma jurídica en el marco del ejercicio de las potestades conferidas por ley al Estado.

Con relación al supuesto vicio de ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, estima la Sala que un pronunciamiento sobre este aspecto implicaría la revisión de los actos recurridos y de las disposiciones legales que regulen la materia, para poder determinar si en el caso bajo examen era procedente el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud de la representación judicial de RCTV, C.A. ante el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 24 de enero de 2007.

Sin embargo, resulta pertinente mencionar que el vencimiento de una concesión es un hecho fatal que se configura con el solo paso del tiempo, de allí que no sea necesario ningún pronunciamiento expreso por parte de la Administración sobre tal devenir y, mucho menos, la tramitación de un procedimiento para pronunciarse sobre una solicitud presentada sobre cuestiones relativas a dicha concesión con ocasión a su vencimiento, por lo que, en este caso, no se evidencia *prima facie* el vicio de ausencia absoluta de procedimiento.

Vistas las anteriores consideraciones, una vez más, debe destacar la Sala que al estar fundamentada la solicitud de la medida cautelar innominada en la violación de principios y en vicios de nulidad, que giran fundamentalmente en torno a un presunto derecho de preferencia respecto al cual, insisten los solicitantes, le favorecía a RCTV, C.A. -entre otros aspectos como la parcialidad y la ilegalidad de la actuación de la Administración- debe realizarse un examen pormenorizado de las normas jurídicas aplicables para verificar la

existencia de ese supuesto derecho y determinar las lesiones alegadas, por lo cual en este estado de la causa no resultan demostrados los elementos planteados como fundamento para acordar la medida.

Adicionalmente, en cuanto a los requisitos del *periculum in mora* y *periculum in damni*, no evidencia la Sala del expediente judicial de qué manera puedan producirse los daños alegados por la representación judicial de RCTV, C.A., pues es un hecho público y notorio que dicha empresa sigue operando como estación de televisión pudiendo transmitir sus contenidos de entretenimiento e información, usando sus equipos y materiales técnicos, lo que hace presumir que también está cumpliendo con los compromisos laborales y comerciales asumidos.

Finalmente, concluye la Sala que, en el caso concreto, no se configuran los requisitos para la procedencia de la medida cautelar innominada solicitada, razón por la cual ésta debe declararse improcedente, conforme a lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimientos Civil. Así se declara.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad. Admisibilidad: Copia del acto normativo impugnado*

TSJ-SC (1501)

17-7-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corrado Alberto Crisanti y Otros. Impugnación de la Constitución del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* de esa entidad político territorial N° 0086, del 28 -7-2006.

Cuando se trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de la Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.

Con miras a establecer la admisibilidad de la acción de nulidad bajo análisis, es de vital importancia, precisar que de la revisión de autos se evidencia que la parte accionante consignó conjuntamente a su escrito recursorio la siguiente documentación: copia fotostática del Acta N° 33 correspondiente a la sesión del 18 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda; copia fotostática de comunicación fechada el 25 de julio de 2006, en la cual se deja constancia que no se realizó la sesión pautada para la referida fecha, por falta de *quórum*; copia fotostática del Acta N° 35 correspondiente a la sesión del 25 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda, en la cual se deja constancia de la aprobación por unanimidad de la constitución del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* del citado ente político territorial del 19 de diciembre de 2001.

De lo anteriormente señalado se evidencia, que los accionantes no consignaron copia –simple o certificada– del acto normativo que presuntamente resulta inconstitucional y en tal virtud, se hace menester reiterar lo establecido en la decisión N° 59, dictada por esta Sala el 4 de febrero de 2004 (caso: *GARZON HIPERMERCADO*), en la cual se ratificó, que cuando se

trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho.

Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.

Por ello, en casos como el de autos constituye una carga procesal de indefectible cumplimiento, la consignación de una copia -incluso simple- del complejo normativo impugnado parcial o totalmente, pues ello resulta de vital importancia para el examen de la solicitud formulada, así como para tener certeza de la vigencia y contenido del acto cuya validez se cuestiona a través de la acción de nulidad.

En consecuencia de lo expuesto, constata como ha sido la omisión en que incurrieron los actores de acompañar al escrito recursorio de los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible, concretamente el complejo normativo impugnado, debe concluirse que la acción de nulidad ejercida resulta inadmisibile, de conformidad con lo previsto en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

Voto Salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que declaró inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Corrado Alberto Crisanti, Shully Rosenthal, Carlos Guillermo Arocha y Ovidio Lozada, contra la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda.

Según adujo la mayoría sentenciadora, los accionantes no consignaron copia simple o certificada del acto impugnado, lo cual “*constituye una carga procesal de indefectible cumplimiento (...), pues ello resulta de vital importancia para el examen de la solicitud formulada, así como para tener certeza de la vigencia y contenido del acto cuya validez se cuestiona a través de la acción de nulidad*”. Criterio que halla fundamento en el precedente contenido en el fallo N° 59/2004, invocado por la disidente, en el cual se indicó, lo siguiente:

...la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles la misma dificultad que los particulares. En todo caso, basta con la consignación de una copia simple.

Al respecto, quien suscribe debe referir que, ciertamente, el principio *iura novit curia* “*se limita al ordenamiento nacional y no se extiende, en consecuencia, al municipal [o estatal]*” (*vid. sent. N° 1248/2004*); pero el criterio invocado por la mayoría sentenciadora resulta contradictorio, pues, si aun dotada de la autoridad que le inviste la Carta Magna la Sala acepta que enfrenta las mismas dificultades que los particulares para dar con una norma local (pues es esa la única forma de “verificar la existencia” de un texto normativo), mal puede exigirles a estos que consignen copia simple o certificada del acto normativo impugnado, so pena de inadmisibilidat.

En todo caso, al margen de la crítica al argumento usado, el punto central de la disidencia radica en que, según lo dispone el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, “[s]i el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la

fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos” (subrayado añadido). En el supuesto de autos, tal como lo invoca la disidente, la parte recurrente consignó, entre otras cosas, “*copia fotostática del acta N° 35 correspondiente a la sesión del 25 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda, en el cual se deja constancia de la aprobación por unanimidad de la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en la Gaceta Oficial del citado ente político territorial del 19 de diciembre de 2001*”. Así mismo, indicó con exactitud el número de la *Gaceta Oficial* en la cual fue publicado el acto normativo impugnado (*Gaceta Oficial del Estado Miranda N° 0086*).

Al ser ello así, atendiendo al precepto procesal citado, la Sala debió admitir el recurso de nulidad y establecer como carga del accionante que consigne en un plazo perentorio la gaceta que contiene el acto normativo impugnado, con la advertencia de que su incumplimiento acarrearía la perención de la instancia y el consecuente archivo del expediente, de conformidad con el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Queda en estos términos expuesto el criterio de la Magistrada disidente.

En la fecha *ut supra*.

Quando se trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en los siguientes razonamientos:

Los ciudadanos Corrado Alberto Crisanti, Shully Rosenthal, Carlos Guillermo Arocha Arocha y Ovidio Losada, diputados del Consejo Legislativo del Estado Miranda, interpusieron demanda de nulidad contra la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda, que fue publicada en la *Gaceta Oficial* de la referida entidad política territorial N° 0086, del 28 de julio de 2006, el cual sustentaron en la inobservancia del procedimiento que fue establecido para la aprobación de la referida Constitución.

Por su parte, la mayoría sentenciadora declaró la inadmisibilidad de la pretensión de nulidad con base en “(…), *que los accionantes no consignaron copia –simple o certificada– del acto normativo que presuntamente resulta inconstitucional y en tal virtud, se hace menester reiterar lo establecido en la decisión N° 59, dictada por esta Sala el 4 de febrero de 2004 (caso: Garzon Hipermercado), en la cual se ratificó, que cuando se trata de normas nacionales, publicadas en la Gaceta Oficial de la República, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.*”

Este Magistrado disiente de lo anterior por cuanto, en primer lugar, el principio *iura novit curia* abarca materialmente a todo el Derecho y, por ende, no puede sostenerse excepción alguna en cuanto a las Constituciones Estadales. La Ley es obligatoria desde su

publicación en la *Gaceta Oficial*, ex artículo 1 del Código Civil; por su parte las Constituciones Estadales, que son ley en el ámbito del estado obligan desde su publicación en la *Gaceta Estadal*. De allí que todos los ciudadanos y funcionarios públicos se vinculen en atención a la certeza temporal que se derivada de su publicación en un instrumento oficial, sin que les sirva de excusa el desconocimiento de las mismas (Art. 2 *eiusdem*).

Lo que fue expresado *supra* puede resumirse en el aforismo latino *dura lex sed lex* (dura es la ley, pero debe cumplirse), de allí que ante las exigencias que son consecuencias de la penetración de la ley en la esfera de la libertad individual del ciudadano, que debe observarla aun cuando no la conozca, se han creado principios que, a forma de contrapartida, morigeran esa posición del individuo, como es la que se desprende del *iura novit curia*, según el cual se confiere la garantía de que los conflictos de intereses interpersonales serán resueltos por terceros imparciales, de quienes se presume conocen el derecho aplicable a la situación litigiosa.

Esta Sala y todos los jueces, conforme al mencionado principio *iura novit curia*, deben indagar el derecho aplicable a cada caso que se presente a su conocimiento, aun cuando las disposiciones normativas de que se trate no le sean de fácil acceso; de manera que no pueden excepcionarse en tal sentido las Constituciones Estadales.

Al respecto, considera quien aquí suscribe que la Sala podía ejercer sus facultades oficiosas para recabara, mediante la expedición de un auto para mejor proveer, la Constitución del Estado Miranda que fue publicada en la *Gaceta Oficial* de ese Estado N° 0086, el 28 de julio de 2006, y con ello habría procurado una verdadera tutela judicial eficaz.

Ahora bien, por cuanto luce claro, para quien se aparta de la opinión mayoritaria, que para las partes es más sencillo el conocimiento de los cambios y vigencia de las leyes locales, resulta equitativo que sea conformante de sus deberes procesales el que mantenga informado a los jueces a este respecto, sin que ello pueda entenderse en contrariedad con la regla *iura novit curia*.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto concurrente.

2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

TSJ-SC (1397)

3-7-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: César Pérez Vivas y otros vs. Presidente de la República

La acción por inactividad contra los órganos que ejercen el Poder Público encuentra su causa siempre en un mismo hecho: la omisión de una actuación o conducta. La diferencia que puede existir (que genera a su vez una distinción en cuanto a los tribunales competentes para conocer de la demanda y, eventualmente, acerca de su procedimiento de tramitación) es sólo en cuanto al deber u obligación supuestamente incumplidos, pues no puede tratarse de manera idéntica a los parlamentos que a la Administración.

...Mediante decisión N° 1556/2002 (caso: “*Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini*”), esta Sala Constitucional estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

“(…) En un sentido amplio, la acción de inconstitucionalidad por omisión es concebida por la doctrina extranjera como una institución jurídica procesal mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del Poder Público que ha omitido (control posterior) cumplir un deber concreto (conducta debida, esperada y jurídicamente establecida) que la Constitución directamente, implícita o explícitamente, le asigna, de manera que el precepto constitucional resulta, total o parcialmente, ineficaz, por falta de desarrollo, con lo cual se produce la vulneración constitucional.

Algunos tratadistas extranjeros, como José Julio Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Civitas, Madrid, o los coautores de la obra *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Terius, Bogotá 1997, consideran que para que se origine la omisión inconstitucional es preciso que el silencio legislativo produzca una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no, una explícita y concreta obligación de legislar en determinada materia, impuesta por la Norma Fundamental al órgano legislativo. La doctrina extranjera, en sus intentos de sistematización de la acción *in commento* ha clasificado la omisión inconstitucional en absoluta o total y relativa o parcial; también en aquella que afecta derechos fundamentales o la que no los afecta; y en evitable y no evitable.

En la doctrina extranjera el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad no será, como en los recursos de nulidad por inconstitucionalidad incoados contra leyes o normas jurídicas, la nulidad del órgano cuya inconstitucionalidad se declara porque se ha abstenido de cumplir con su obligación constitucional sino la orden o recomendación, según el derecho positivo aplicable, de dar cumplimiento a dicha obligación, generalmente dentro de un específico plazo. En sentido restringido, el instituto es concebido como la acción mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad del órgano legislativo que ha permanecido inactivo en el cumplimiento de su obligación concreta de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera tal que dichos preceptos o uno de ellos, se hace ineficaz, con lo cual se produce la vulneración constitucional. El presupuesto de hecho necesario será la abstención, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella. La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio (…).”

Asimismo, en el citado fallo N° 91-2005 (caso: *PROVEA*) se sostuvo:

“Como ya ha destacado esta Sala, en las escasas oportunidades cuando se han planteado ante ella demandas con base en este cardinal (Entre otras, sentencias de 9-7-02, caso *Alfonso Albornoz*; de 4-8-2003, caso *CNE* y de 6-11-03, caso *Ley Orgánica de Régimen Municipal*), se trata de una novedad dentro de la jurisdicción constitucional venezolana, que tiene precedentes en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros.

Con este medio jurisdiccional, el constituyente completó el sistema de defensa del Texto Fundamental, con intención de abarcar no sólo las violaciones producto de la actuación del legislador -únicas objeto de control en un régimen tradicional- sino también aquéllas que surgen de la inactividad de éste”.

Si bien ambos fallos se refieren a la acción por omisión incoada contra órganos parlamentarios por haber incumplido, según los demandantes, sus obligaciones de dictar normas o medidas necesarias para hacer efectiva la Carta Magna, sus consideraciones son trasladables al caso en que la acción se ejerce contra cualquier órgano del Poder Público, toda vez que, en esencia, no existe diferencia alguna entre un supuesto y otro.

En efecto, la acción por inactividad contra los órganos que ejercen el Poder Público encuentra su causa siempre en un mismo hecho: la omisión de una actuación o conducta. La diferencia que puede existir (que genera a su vez una distinción en cuanto a los tribunales

competentes para conocer de la demanda y, eventualmente, acerca de su procedimiento de tramitación) es sólo en cuanto al deber u obligación supuestamente incumplidos, pues no puede tratarse de manera idéntica a los parlamentos que a la Administración.

Así, mientras los parlamentos son órganos colegiados en los que intervienen personas con posturas políticas y adeptos a corrientes de pensamiento a veces totalmente opuestas, que gozan de una amplia libertad de apreciación para determinar el contenido de las normas y medidas de su competencia, la Administración está sometida a la Ley de una manera estrecha, aun en los casos en que cuenta con discrecionalidad.

Sin embargo, con independencia de la mayor dificultad que revista el control de las obligaciones parlamentarias, lo cierto es que ha venido a sumarse a la acción por abstención de la Administración, pues ambas persiguen un mismo objetivo: garantizar el cumplimiento estricto de la juridicidad, evitando el irrespeto a los derechos ciudadanos que pueden originarse a raíz de la omisión de los deberes y obligaciones que han sido asignados a los órganos públicos.

Toda acción tiene una pretensión que le es propia y que se convierte en el límite de la sentencia que, de declararla procedente, dictará el juez. Las demandas por omisión contienen necesariamente pretensiones de condena. No se espera una simple declaración, sino la orden (al órgano parlamentario o al administrativo) para que se desarrolle una determinada conducta: precisamente la que ha sido omitida. De allí su importancia como acompañante, en el conjunto de mecanismos de justicia frente al Estado, de la acción de anulación: mientras con esta se atacan las actuaciones (conductas activas), con la otra se enfrentan las abstenciones (conductas pasivas), de suerte tal que no queden manifestaciones excluidas de control jurisdiccional.

Ahora bien, las condenas en la acción por abstención son condenas a prestación en un sentido amplio de la expresión. No se trata de órdenes de no hacer, pues ello iría en contra de la propia naturaleza de esa acción: si la acción se dirige contra una inactividad, lo que se espera es la actividad omitida, es decir, que se cumpla la prestación.

Según se observa, toda demanda por omisión debe perseguir una actuación (la que se determine en la sentencia como una obligación). Cuando lo que se pretende es una abstención es porque de cierto se presupone que la situación que ha dado lugar a la demanda es la contraria: una actuación, que además se reputa contraria a Derecho.

En el caso de autos ello queda claro: los demandantes consideran inconstitucional una actuación (que se alega como repetida) del Presidente de la República, que habría sido seguida por otros funcionarios y que, en criterio de los actores, violenta expresas disposiciones del Texto Fundamental.

En realidad, por más que en el libelo se intenta demostrar que hay omisión, no existe otra cosa que una denuncia de inconstitucionalidad de una conducta activa: la de hacer propio de los miembros de la Fuerza Armada Nacional un lema que los accionantes sostienen que las partidiza y las pone al servicio de una parcialidad política.

Si la conducta que da lugar a la demanda es una actuación, mal puede la acción por omisión ser el mecanismo judicial pertinente. Los demandantes, tal vez con consciencia de ello, ponen entonces de relieve en qué consiste la abstención: sería la de cumplir con el deber de actuar de una manera diferente. Ello, es fácil comprenderlo, es sólo la denuncia de inconstitucionalidad de la actuación objeto de la demanda.

De seguirse esa manera de concebir la inactividad, todas las acciones contra los órganos públicos encuadrarían en la de abstención, omisión o inactividad –como prefiera llamársele-, toda vez que cualquier denuncia de violación de una obligación legal al dictar un acto o efectuar una determinada actuación implica, visto desde otro ángulo, la denuncia de desatención de la norma que le obligaba a actuar de manera distinta: el acto sería nulo por incumplimiento del deber de dictarlo según las reglas que rigen el asunto de que se trate.

Todas las acciones judiciales contra el Estado se basan, entonces, en esa concepción amplia de la omisión, pero la acción concreta por inactividad sólo es procedente cuando existe una verdadera conducta omisiva: es decir, una ausencia de actuación. Por ello, la condena será a actuar. Lo que los demandantes pretenden en este caso es que, indirectamente, la Sala declare inconstitucional la conducta activa del Presidente de la República y le ordene una serie de mandamientos. Para lograrlo, se ha recurrido a un medio procesal que no es idóneo y así lo declara la Sala.

3. *Recurso de Interpretación Constitucional*

A. *Legitimación*

TSJ-SC (1716)

8-8-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Solicitud de interpretación de los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto a la legitimación requerida para el ejercicio de la solicitud de interpretación constitucional, la Sala reafirma su jurisprudencia de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. (Ver Sent. 1.077/2000)

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación interpuesta y, al efecto, observa que en sentencia N° 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: “*Beatriz Contasti Ravelo*”), esta Sala, en atención a los diversos fallos referidos a la solicitud de interpretación constitucional, precisó los requisitos de admisibilidad del mismo, a saber:

“1.- *Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.*

2.- *Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.*

3.- *Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia N° 2.507 de 30-11-01, caso: ‘Ginebra Martínez de Falchi’).*

4.- *Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N° 2627/2001, caso: ‘Morela Hernández’).*

5.- *Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible.*

6.- *Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos.*

7.- *Inteligibilidad del escrito.*

8.- *Representación del actor*”.

Con fundamento en los requisitos de admisibilidad expuestos, se observa que del examen del escrito contenido de la presente solicitud, se desprende claramente que ésta tiene por objeto la interpretación constitucional de preceptos que gozan de tal naturaleza, con el propósito de fijar una lectura inequívoca del alcance de los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; se observa que en el presente caso no existe un recurso paralelo para dilucidar esta específica consulta; ni se han acumulado a dicho recurso otros medios judiciales o de impugnación a través de los cuales deba ventilarse la controversia, cuyos procedimientos sean incompatibles o se excluyan mutuamente, que se acompañan los documentos indispensables, aunado a que el escrito no contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos.

Ahora bien, la Sala advierte que los recurrentes afirmaron que se encuentran legitimados para incoar la presente solicitud de interpretación, dado que *“(...) nuestro interés (...) es un interés legítimo y calificado, toda vez que, en primer lugar, somos ciudadanos venezolanos, inscritos en el registro civil y electoral, militantes y dirigentes del partido político (organización con fines políticos) UN NUEVO TIEMPO, organización política nacional debidamente inscrita y reconocida por la autoridad electoral del país (...). Todos estamos interesados directamente en determinar la interpretación correcta que debe dársele a las normas constitucionales antes descritas toda vez que ello permitirá a nuestra organización política admitir o rechazar solicitudes de militantes activos como miembros de nuestra organización política (...)*”.

Asimismo, adujeron que *“(...) somos del criterio que el principio general está claramente determinado en el texto constitucional. En efecto el artículo 328 señala que la Fuerza Armada Nacional como un todo, como institución, tiene expresamente prohibida la militancia política y en tal sentido está al exclusivo servicio de la Nación, de todos los ciudadanos para el cumplimiento de las funciones que le son propias y no puede por lo tanto, ponerse al servicio de una persona o parcialidad política, es decir, no puede como institución recibir líneas políticas partidistas de ninguna organización ni acatar ninguna orden distinta a sus mandos naturales constitucional y legalmente establecidos (...)*”.

La Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar la acción de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -*Vid.* Sentencias N° 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000 y 1.415/2000-.

Para ello, es necesario indicar que en lo que respecta a la legitimación para interponer la acción de interpretación constitucional, la misma viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional dé lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo.

Así, en cuanto a la legitimación exigida para el ejercicio de la solicitud de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

“(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el ‘recurso’ de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)”.

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por los recurrentes, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3125/2003, cuando señaló que *“(...) en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)”.*

Así, la sola afirmación de los recurrentes de constituirse en miembros de un partido político o de electores que no gozan ni mantienen la condición de militares activos -lo cual no sustentan con ningún documento anexo a su escrito- no legitima a dichos ciudadanos para la interposición de una solicitud de interpretación -que como se advirtió anteriormente no es una acción popular-, más aun cuando pretende una orientación para un eventual ejercicio de sus funciones como presuntos dirigentes del *“(...) partido político (organización con fines políticos) Un Nuevo Tiempo (...)”* y se interprete la posibilidad de militancia de los militares en los partidos políticos.

Congruente con su propia doctrina, esta Sala debe declarar inadmisibile la solicitud de interpretación incoada, en los precisos términos del supuesto de inadmisibilidad establecido en el numeral 1 de la sentencia N° 278/02, antes mencionada. Así se declara.

B. *Inadmisibilidad*

TSJ-SC (1681)

7-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación del artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es la solicitud de interpretación una vía que pueda ser activada para cualquier clase de pedimentos y menos aún un mecanismo de consulta que a priori dicte las pautas sobre una reforma constitucional.

En el presente caso, se observa del escrito presentado por los accionantes, que éstos requieren de la Sala un pronunciamiento sobre los parámetros que el constituyente estableció en el artículo 342 del texto constitucional a los fines de hacer posible su reforma. En este sentido, peticionan se defina específicamente el contenido y alcance de lo que debe entenderse por *“estructura y principios fundamentales del texto constitucional”* a los fines de que el pueblo venezolano pueda conocer el proceso de modificación constitucional.

Ahora bien, como quedó apuntado anteriormente, el tema de la reforma constitucional que se adelanta actualmente, se originó con motivo de la iniciativa del Presidente de la República, el cual tiene la legitimación necesaria derivada del artículo 342 del texto

constitucional. Sin embargo, se trata de una propuesta, que está sometida al control y aprobación en primera, segunda y tercera discusión según sea el caso de la Asamblea Nacional, y posteriormente sometida a referéndum. Así lo disponen los artículos que a continuación se transcriben, todos de la Carta Magna.

“...Artículo 342. La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional.

La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

Artículo 343. La iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

- 1. El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.*
- 2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.*
- 3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.*
- 4. La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.*
- 5. El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.*

Artículo 344. El proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Artículo 345. Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional...”.

A su vez, por ser éste un acto de la Asamblea Nacional, el mismo está sometido al control posterior de esta Sala, a tenor de lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que dispone:

“...Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

- 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución...”.*

En atención a lo anteriormente expuesto, mal puede esta Sala Constitucional adelantar opinión respecto de un punto que eventualmente podría someterse a su consideración, pues no es la solicitud de interpretación una vía que pueda ser activada para cualquier clase de pedimentos y menos aún un mecanismo de consulta que *a priori* dicte las pautas sobre una reforma constitucional.

Tampoco resulta procedente, solicitar una interpretación constitucional de una norma para evitar como lo afirman los accionantes “*confusiones que ha generado esta iniciativa presidencial*”, pues no es sobre hechos futuros e inciertos que recaería la interpretación, sino sobre normas actuales, siempre y cuando éstas, se encuentren en alguno de los supuestos por los cuales esta Sala ha dictaminado resulta procedente la interpretación.

En este orden de ideas, observa esta Sala que las razones por las cuales se pide la interpretación del artículo 342 del texto constitucional, no encuadra en alguno de los supuestos por los cuales dicha interpretación sería procedente (*vid.* Sent. N° 1077, 22/09/00), es decir, no se alega que alguna norma colide con algún principio constitucional, ni hay remisión a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria; tampoco estamos en presencia de dos o más normas constitucionales, que coliden entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada. Así como tampoco que estemos en presencia de normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes. Visto que en el presente caso no se verifica ninguno de los supuestos que justifiquen la interpretación constitucional, resulta forzoso para esta Sala declararlo inadmisibile. Así se declara.

4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (1518)

20-7-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Marcano Urriola vs. Revisión Sentencia

En este orden de ideas, debe esta Sala Constitucional advertir que, según pacífica y reiterada jurisprudencia al respecto, se ha establecido que la potestad de revisión es ejercida por esta Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, si con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 44 del 2 de marzo de 2000, caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”).

Asimismo, debe destacarse que la solicitud de revisión no se configura como la posibilidad de una tercera instancia de la cual disponen los ciudadanos para fundamentar la misma en los posibles errores de juzgamientos en que incurran los jueces, sino que la misma se constituye como un medio extraordinario y excepcional de control de la Sala sobre la interpretación de principios y normas constitucionales, que atenten de tal modo contra los derechos de los justiciables que hagan factible su revisión y posterior anulatoria de la sentencia impugnada por parte de la Sala.

En este sentido, de las actas del expediente se desprende que la situación planteada no se ajusta a los fines que persigue la potestad excepcional de revisión constitucional, dado que no es posible examinar en esta sede extraordinaria la valoración que efectuó el juzgador para dictar el dispositivo cuestionado, ni el alcance de las interpretaciones de normas legales que se hayan realizado en la referida sentencia, salvo que se detecte que contraríen en forma manifiesta o grotesca el contenido de una norma constitucional o la doctrina de alguna decisión vinculante de esta Sala Constitucional, en cuanto al sentido y alcance que ha de atribuirse a alguna disposición constitucional al ser desarrollada por la ley, no existiendo ninguno de tales supuestos en el presente caso. Así se decide. En razón de ello, esta Sala

juzga que la revisión planteada de la decisión N° 1841 dictada el 20 de julio de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, debe ser declarada no ha lugar. Así se decide.

TSJ-SC (1680)

6-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Pedro Santaella Hernández vs. Revisión de decisión Sala Electoral

Quedan excluidos del objeto de la Revisión Constitucional –y en atención a su naturaleza primordialmente objetiva- las denuncias correspondientes a supuestos errores de juzgamiento.

Verificada su competencia, debe la Sala recordar que conforme ha entendido la institución de la revisión prevista en el artículo 336.10 constitucional viene a ser un mecanismo de articulación y armonización entre las distintas manifestaciones de la justicia constitucional –ejercido exclusiva y excluyentemente por esta Sala como cúspide de la jurisdicción constitucional- destinado a salvaguardar la uniformidad en la interpretación del texto fundamental y de los principios fundamentales que lo nutren. De este modo, se ha señalado que resulta ejercitable, entre otros casos, en contra de decisiones definitivamente firmes, ya sea porque hayan desatendido la doctrina vinculante de esta Sala, o bien cuando hubieran violado principios jurídicos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional (bloque de la constitucionalidad), o que haya incurrido en un error grotesco en la exégesis de la Carta Magna.

De este modo, en términos generales, quedan excluidos del objeto de esta especialísima solicitud –y en atención a su naturaleza primordialmente objetiva- las denuncias correspondientes a supuestos errores de juzgamiento, como las relativas a la valoración dada por el juez a las pruebas producidas en el juicio que dio lugar al fallo impugnado; pues debe vedarse el acceso a esta sede cuando pretende agregarse una instancia y, por esta vía, promover un nuevo juzgamiento sobre los hechos de fondo controvertidos en el proceso. En atención a esta última circunstancia, debe la Sala rechazar las denuncias que –en el caso de autos- fueron planteadas respecto a la forma en que la Sala Electoral valoró las pruebas testimoniales a que hizo referencia el solicitante en revisión, aún y cuando la lectura del fallo impugnado revela que ellas fueron determinantes para la decisión a la cual arribó.

VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Derechos: Jubilación*

TSJ-SC (1518)

20-7-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Marcano Urriola vs. Revisión Sentencia

La Sala advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación–.

...No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que el solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veintiocho años, en atención a lo expuesto, se observa que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 *eiusdem*, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales. En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública. En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 184 del 8 de febrero de 2002 (caso: “*Olga Fortoul de Grau*”), en la cual señaló:

“Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin.

Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud”.

Asimismo, observa esta Sala que el Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (*ex* artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste –Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (*Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de enero de 2002, caso: “*ASODEVIPRILARA*”).

En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, se **advierte y se exhorta** a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar **aún de oficio** si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación-.

En consecuencia, visto que del escrito de revisión el solicitante alega haber laborado en la Administración por un período que excede del necesario para acordar el beneficio de la jubilación, se ordena a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, verificar conforme a sus antecedentes de servicio si el referido ciudadano puede ser beneficiario de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación al mismo. Así se decide.

Voto Concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta De Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su voto concurrente al contenido decisorio del presente fallo que declaró, mediante *obiter dictum*, que “*el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos*”, con ocasión a la revisión constitucional de la sentencia N° 01841 de la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal, solicitada por el abogado Pedro Marcano Urriola.

En tal sentido, la mayoría sentenciadora sostuvo, lo siguiente:

“(…) el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 *eiusdem*, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales.

En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual priva dicho derecho aún (sic) sobre los actos de retiro de la Administración Pública”.

En criterio de quien concurre la mayoría sentenciadora ha extendido efectos a la jubilación que no contempla ni el texto constitucional, ni la Ley del Estatuto de la Función Pública, ni la legislación del trabajo vigente.

Según adujo la mayoría sentenciadora, ha sido criterio de esta Sala que el derecho a la jubilación goza de rango constitucional, lo cual no amerita discusión toda vez que se extrae que los artículos 80 y 86 de la Carta Magna le otorgan tal carácter (*vid.* sentencias SC/TSJ núms. 3/2005 y 2229/2006). No obstante ello, quien disiente respetuosamente opina que la decisión concurrida ha extendido los efectos jurídicos de la jubilación más allá de lo que contempla el texto constitucional y la legislación del trabajo común y funcional, por cuanto si bien la jubilación es un beneficio de la seguridad social, la legislación del trabajo no contempla la jubilación como un derecho, y la legislación funcional sólo la estatuye como causal de retiro (artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública). Queda pendiente de desarrollo por vía legislativa y/o contractual la jubilación como un beneficio laboral frente al patrono, y las consecuencias jurídicas del mismo en la relación de trabajo; es decir, falta

determinar en la legislación si la jubilación es un derecho adquirido, si el trabajador jubilado puede permanecer en la empresa, si puede invocarse la condición de jubilado frente al acto de despido, y otras tantas interrogantes derivadas de la falta de incorporación de la jubilación al derecho sustantivo laboral.

Por lo demás, no hay duda de que la jubilación, siendo un derecho de la seguridad social, no puede perderse ni desconocerse cumplidas las condiciones si se trata de un sistema de seguridad social basado en el reparto, o de cualquier otra condición establecida en un sistema de seguridad social concebido como servicio público de vocación universal y de carácter no lucrativo como es el modelo proyectado en el artículo 86 del Texto Constitucional; pero ello, es independiente del estatuto del trabajo y así está contemplado en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 2.848 Extraordinario del 27 de agosto de 1981.

Por su parte, en el régimen estatutario del funcionario público el derecho a la jubilación, *per se*, no goza del alcance que pretende atribuirle la mayoría sentenciadora, pues el Constituyente le ha encomendado al legislador que aquilate, en la ley respectiva, los intereses de la Administración frente a la procedencia de la jubilación del funcionario. Con ello se trata de evitar que la jubilación se convierta en un pretexto para eludir el régimen disciplinario al que están sometidos los funcionarios públicos.

En efecto, dispensa la sentencia concurrida -mediante *obiter dictum*- una preferencia tal a la jubilación del funcionario que se convierte, en sí misma, en una causal de irresponsabilidad disciplinaria, sin considerar el precedente las inconvenientes consecuencias que tal situación acarrearía; a saber:

En primer lugar, ello lesiona el derecho a la igualdad. Conforme con la Ley del Estatuto de la Función Pública, por sólo mencionar el régimen general, todos los funcionarios sin distinción alguna están sometidos a un régimen disciplinario, circunstancia que halla correspondencia con la normativa constitucional según la cual el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual (artículo 139 constitucional). Ello así, el precedente impide que los funcionarios jubilables puedan ser objeto de sanciones administrativas mientras que el resto de los funcionarios sí, lo cual está en abierta contradicción con el artículo 44 de la Carta Magna. Probablemente, contra este argumento pueda argüirse que no están en una situación similar dada la expectativa de derecho del primero, pero es que la condición de jubilable, aún no declarada, es la que le permite al funcionario seguir ejerciendo sus funciones públicas como el resto de los empleados públicos, al punto que el ejercicio de esa labor es la que le ha permitido ser susceptible de una sanción disciplinaria. Por tanto, la diferencia es putativa.

En segundo lugar, el precedente jurisprudencial no valora la importancia que puede llegar a tener la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario como medio probatorio para demandar la responsabilidad del Estado-administración o del Estado-Juez, pues, respecto a ésta última, pudiera ser necesaria para interponer el recurso de queja, si no se superara el criterio jurisprudencial de que para que proceda dicho recurso debe tratarse de un juez en funciones.

Finalmente, en tercer lugar, la situación advertida por la mayoría sentenciadora pareciera apartarse del ordenamiento funcional, pues no impide que el funcionario a quien se le otorgue su jubilación sin declarar su responsabilidad administrativa pueda suspender su jubilación para reingresar de nuevo a la Administración pública (*vid.* sent. SC/TSJ N° 165 12 de marzo de 2005); y además, merma las potestades del Contralor General de la República para determinar y sancionar la responsabilidad administrativa, conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que al no haber ningún

pronunciamiento específico en torno a su responsabilidad disciplinaria siempre le será posible contratar sus servicios con la Administración pública. En conclusión, el precedente establecido en el fallo del que se disiente crea una situación inédita en materia funcional que lejos de llenar un vacío normativo ocasiona disparidades en el tratamiento de los funcionarios públicos en situación de jubilables para quienes no existe un régimen de excepción. Creo en cambio con todo respeto que la mayoría sentenciadora debió dejar en claro que la jubilación, siendo un beneficio de la seguridad social, no se pierde cualquiera sea la causa de terminación de la relación funcional una vez cumplido los requisitos legales. En este sentido, pueden jurídicamente coexistir la sanción disciplinaria y la pensión de jubilación, máxime cuando esta Sala, en sentencia N° 238 de 20 de febrero de 2003, declaró inconstitucional la parte *in fine* del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, que impedía la jubilación del juez destituido.

Voto Disidente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

La revisión ha debido ser estimada porque la sentencia de la Sala Político-Administrativa que tuvo por objeto contradice la doctrina pacífica de esta Sala respecto al concepto de ley más favorable, el cual no se limita a las penas sino a cualquier aspecto adjetivo o sustantivo que tenga que ver con el proceso, en este caso, sancionatorio, dentro de ellos, claramente, la prescripción. (Vgr. s.SC. N° 1330/2004 y N° 1442/2004 –con respecto a beneficios post procesales-).

En efecto, la expresión “que imponga menor pena” no está restringida a la norma legal que establece, en relación con la que derogó, un nivel menor de la expresión del reproche, o sea, del castigo, de la sanción. En justicia, dicha oración debe ser entendida, mediante interpretación finalística, en el sentido de que será retroactiva la ley que imponga menos gravamen al reo. En tal orden de ideas, resulta indudable que habrá menos gravamen, que la ley será menos gravosa, no sólo cuando se reduzcan los términos o se modifique la cualidad de la pena, sino cuando, por ejemplo, se acorte el lapso de prescripción de la acción penal o de la pena, o bien, se cambie la naturaleza de la acción penal, de pública a privada.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.